

T.C.  
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK EMRİN  
YERİNE GETİRİLMESİ**

DANIŞMAN

Yrd. Doç. Dr. Faruk TURHAN

CUMHUR ÖZER

ISPARTA - 2002

## İÇİNDEKİLER

### GİRİŞ

### I.BÖLÜM

1

### GENEL OLARAK HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ KARŞILAŞTIR - MALİ HUKUKTAKİ YERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

5

### I. CEZA HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI VE TÜRK CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ AÇISINDAN KABUL EDİLEN SİSTEM

5

#### A. HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI

5

#### B. TÜRK CEZA HUKUKUNA GÖRE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

7

##### a. Hakkın İcrası

8

##### b. Mağdurun Rızası

9

##### c. Meşru Müdafaa

10

##### d. Zaruret Hali

13

##### e. Kanunun Hükmünü İcra

15

##### f. Emrin Yerine Getirilmesi

19

### II. EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

20

### III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

24

#### A. ALMANYA

24

#### B. FRANSA

24

#### C. İSVİÇRE

25

#### D. İNGİLTERE

25

### IV. EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

26

A. MUTLAK (PASİF) İTAAT TEORİSİ	26
B. ŞEKLİ KONTROL TEORİSİ	28
C. İÇERİK İTİBARIYLA KONTROL TEORİSİ	29
D. İTİRAZ (EMRİN TEKRARI) TEORİSİ	30
E. KANUNA AÇIKÇA AYKIRI EMRİN YERİNE GETİRİLMEMESİ TEORİSİ	31
F. EMRİN YERİNE GETİREN MEMURA GÖRE ŞEKLİ VEYA İÇERİĞİ KONTROL HAKKI TANIYAN TEORİ	31
G. YARGICA TAKDİR HAKKI TANIYAN TEORİ	31
H. MEVZUATIMIZIN KABUL ETTİĞİ TEORİ VE GÜNÜMÜZ HUKUKUNDAKİ DURUM	32

## II. BÖLÜM

### TÜRK CEZA HUKUKUNDA EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN

<b>ŞARTLARI</b>	35
I. EMRİN YETKİLİ MERCİİ TARAFINDAN VERİLMİŞ OLMASI	35
A. AMİR- ÜST KAVRAMI	35
B. MEMUR KAVRAMI	38
C. MEMURLA AMİR ARASINDAKİ HİYERARŞİK BAĞ	40
II. BİR EMRİN BULUNMASI	42
III. EMRİN BAĞLAYICI OLMASI	46
A. EMRİN YETKİLİ AMİR TARAFINDAN VERİLMİŞ OLMASI	46
a. Yer İtibari İle Yetki	48
b. Görev (Konu) İtibari ile Yetki	48
c. Zaman İtibari ile Yetki	49
B. VERİLEN EMRİN MEMUR TARAFINDAN YERİNE GETİRİLMESİNİN ZORUNLU OLMASI	49
IV. EMRİN KANUNLARA UYGUN OLMASI	51
A. ŞEKİL BAKIMINDAN EMRİN KANUNA UYGUN OLMASI	52
B. EMRİN İÇERİK OLARAK KANUNA UYGUN OLMASI	54

### **III. BÖLÜM**

<b>EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNDE SORUMLULUK DURUMU</b>	58
I. EMRİN KANUNLARA UYGUNLUĞU VE SORUMLU OLMAMA	58
II. EMRİN KANUNA AYKIRILIĞI VE SORUMLULUK	59
A. SUÇ TEŞKİL ETMEYEN KANUNSUZ EMİR	60
B. SUÇ TEŞKİL EDEN KANUNSUZ EMİR	62
a. Suç Teşkil Eden Kanunsuz Emirde Memurun Sorumluluğu	63
b. Suç Teşkil Eden Kanunsuz Emirde Amirin Sorumluluğu	64
III. KANUNA AYKIRI EMİRDE SORUMLULUĞUN İSTİSNALARI	65
A. SINIRIN AŞILMASI VE HATA HALİ (YANILMA)	66
B. GÖREVLERİNİN NİTELİĞİ GEREĞİ EMRE MUTLAK İTAAT ETMEK	
ZORUNDA OLAN KİŞİLERİN DURUMLARI	69
a. Askeri Şahıslar	70
b. Polisler	75

### **IV. BÖLÜM**

<b>ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SAVAŞ SUÇLARI VE</b>	
<b>İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR AÇISINDAN EMRİN YERİNE</b>	
<b>GETİRİLMESİ</b>	77
I. GENEL OLARAK	77
II. NÜRNBERG VE TOKYO ULUSLARARASI ASKERİ CEZA	
MAHKEMELERİ STATÜLERİNDE EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ	81
III. ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE	
RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ	
STATÜLERİNDE EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ	84
IV. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜNDE EMRİN	
YERİNE GETİRİLMESİ	87
<b>SONUÇ</b>	92
<b>KAYNAKÇA</b>	95

## KISALTMALAR

A. D.	: Adalet Dergisi
A. Ü. H. F. D.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A. Ü. S. B. F. D. Dergisi	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
a.g.e.	:adı geçen eser
A.Y.	:Anayasa
As. C. K.	:Askeri Ceza Kanunu
As. Yar.	:Askeri Yargıtay
Ay. M.	:Anayasa Mahkemesi
B. K.	:Borçlar Kanunu
bkz.	:bakınız
C. M. U. K.	:Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
c.	:cilt
D. M. K.	:Devlet Memurları Kanunu
D.M.K.Y.U.D.S.C.H.K.	:Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü, :Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun
Dis. Mah. K.	:Disiplin Mahkemeleri Kanunu
E.	:Esas
f.	:fıkra
İ. B. D.	:İzmir Barosu Dergisi
K.	:Karar
md.	:madde
P. V. S. K.	:Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu
R.G.	:Resmi Gazete
s.	:sayfa
sy	:Sayılı
T. C. K.	:Türk Ceza Kanunu
T. M. K.	:Türk Medeni Kanunu
T.S.K. İç Hiz.K.	:Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu
T.S.K. İç Hiz. Yön.	:Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği

## GİRİŞ

Suç genel teorisinde suçun unsurları genellikle kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık olarak kabul edilmektedir. Tipiklikte denilen kanuni unsur fiilin yasada gösterilen suç tipine uygun olması demektir. Bu unsur “kanunsuz suç olmaz” prensibinin doğal sonucudur. Suçun meydana gelebilmesi için bir fiilin bulunması gerekir. İşlenmiş bir fiil yoksa ortada suç da yoktur. Ayrıca işlenen fiilin bilerek ve isteyerek işlenmesi ya da işlenen fiilde failin kusurlu olması gerekir. Bu suçun manevi unsurudur. Son olarak hukuk düzeni tarafından kanuni tarife uygun iradi yada kusurlu olarak işlenen fiil hukuka aykırı olmalıdır. Şayet hukuk düzeni bir fiilin işlenmesini haklı görüyor ve buna izin veriyorsa, izin verdiği fiile ceza vermesi halinde çelişki olacağından bu durumlarda ortada bir suçun bulunmadığı kabul edilmektedir.

İşte hukuk düzeninin bazı hallerde hukuka aykırı ve suç teşkil eden fiillerin suçla korunmak istenen hukuki yararın bulunmaması nedeni ile cezalandırılmayacağını kabul ettiği bu sebeplere “hukuka uygunluk sebepleri” denmektedir. Eylem hukuka aykırı olduğu halde faile ceza verilmemesini ön gören bu hal ve sebepler mevcut olduğu takdirde kanunda suç olarak öngörülen fiiller suç oluşturmamaktadır. Başka bir deyişle suç teşkil eden fiiller hukuka uygun bir biçimde doğmaktadırlar. Başkalarının vücut bütünlülüğüne yapılan müdahaleler müessir fiil suçunu oluşturduğu halde tıbbi müdahaleler yasa hükümleri gereği ceza gerektirmemektedir. Yine bir kimseyi hürriyetinden mahrum etmek suç teşkil ettiği, başkasının konutuna rıza hilafına girmek suç olarak öngörüldüğü halde tutuklama müzekkeresi gereği bir kimsenin ceza evine konulması, aranan bir suçlunun yakalanması amacıyla evine girilerek arama yapılması suç oluşturmamaktadır. Bunun yanı sıra kendisinin veya başkasının meydana gelmesine sebep olmadığı ve başka türlüde kurtulmanın mümkün olmadığı bir tehlikeden kurtulmak amacıyla işlenen suçlara da ceza verilmemektedir.

Türk Ceza Kanunu, 49. maddesinde dört hukuka uygunluk sebebi kabul etmiştir. Bunlar sırasıyla kanunun hükmünü icra, yetkili merciinin emrinin yerine getirilmesi,

meşru müdafaa ve zaruret halidir. Doktrinde bir hakkın kullanılması ve mağdurun rızası da hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir.

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen emrin yerine getirilmesinde bir kamu hukuku, ast üst ilişkisi bulunmalıdır. Emri yerine getiren, yetkili bir makam tarafından verilmiş, yerine getirilmesi görev icabı zorunlu olan ve kanuna aykırı olmayan bir emri yerine getirdiği takdirde, eylem görünüşte suç teşkil etse dahi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğinden sorumlu olmamaktadır. Emrin yerine getirilmesi, Anayasa ve İdare Hukuku dışında, emrin çok önemli olduğu Askeri Ceza Hukukunda da önemli bir yer işgal eder. Emri yerine getiren ast, bu alanda da sorumlu olmadığı gibi daha katı bir hiyerarşik bağ ile bağlı olduğundan emrin kanuna aykırılığını kontrol konusunda daha sınırlı bir hak sahibidir. Özellikle savaş halinde emrin yerine getirilmesi daha da bir önem kazanmaktadır. Ast konumunda olanlar emrin yerine getirilmemesi nedeniyle şiddetli bir şekilde cezalandırılma ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

Yetkili mercinin emrinin yerine getirilmesi halen ülkemizde Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da meydana gelen terör olayları nedeni ile önem kazanmıştır. Güvenlik kuvvetlerine ve masum halka karşı saldırıda bulunulması üzerine güvenlik kuvvetleriyle terör örgütü elemanları arasında silahlı çatışmaların yaşanması nedeniyle emrin yerine getirilmesi gündeme gelmiştir. Söz konusu olaylar sonucu bireysel başvuru hakkının kabulü ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruların olması ve devletimiz aleyhine tazminata hükmedilmesi konunun önemini daha da arttırmıştır. Sadece iç hukukta değil uluslararası ceza hukuku alanında da yetkili mercinin emrinin yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlularının çoğunluğu yetkili mercilerin, hükümetin emri ile hareket ettiklerini, bu nedenle sorumlu tutulmamaları gerektiklerini ileri sürmüşlerdir. Ancak halen uluslararası ceza hukukunda yetkili merciinin emrini yerine getirmek kişinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ruanda Ceza

Mahkemesi ve Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemelerinin Statülerinde amirin emrini yerine getirmenin sanığı sorumluluktan kurtarmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Günümüzde insan haklarının önemi artmış her geçen günde artmaktadır. Haberleşme araçlarının gelişmesi, insan haklarının önem kazanmasında büyük rol oynamıştır. Temel hak ve özgürlükler öncelikle bireyin devlete karşı sahip olduğu haklardır. İnsan haklarının tarihi gelişiminde bireyin kendi özgürlük alanına devletin müdahale etmesini önlemeye yönelik çabaları, temel hak ve özgürlüklerin devlete karşı korunmasını gündeme getirmiştir. Gerçekten en sık karşılaşılan insan hakları ihlalleri devletin kendi vatandaşına karşı işlediği insan hakları ihlalleridir. Devlet ise insan hakkı ihlallerini kendi organları aracılığıyla yerine getirmektedir.

II. Dünya Savaşı'na kadar devletlerin kendi vatandaşlarına muamelesi devletlerin bir iç işi sayılmakta iken bugün bu anlayış tamamen değişerek yerini insan haklarının dünya düzeyinde korunmasına bırakmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başta olmak üzere Uluslararası Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri, B.M. Ruanda ve Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri ile Uluslararası Ceza Mahkemesi bu konuda atılan önemli adımları oluşturmaktadır.

Hukuk devletinde geçerli olan hukukun üstünlüğü ilkesi de devlet organlarının hukukla bağlı ve hukuka uygun davranmasını gerektirmektedir. Kamu görevlileri görevlerini yerine getirirken keyfi davranışlardan kaçınmalıdır. Siyasi İktidarı elinde tutan, hükümete hiyerarşik bir bağ ile bağlı olan ve yetkili mercilerin emri ile hareket eden görevlilerin emri yerine getirmelerinin bir suç teşkil etmesi halinde temel hak ve özgürlükler ihlal edilmiş olacaktır. Emrin yerine getirilmesi nedeniyle hukuka aykırı fiillerin işlenmesi ve bu şekilde insan haklarının ihlalinin önemi çalışmanın amacını oluşturmaktadır.

Bu çalışmada 1. bölümde Ceza Hukukunda hukuka aykırılık kavramı ve Türk Ceza Hukukunda hukuka uygunluk sebepleri, emrin yerine getirilmesinin tarihi



gelişimi, bu konuda karşılaştırılmalı hukuktaki durumun kısaca incelenmesi ve emri yerine getirmeyi açıklayan teoriler üzerinde durulduktan sonra, 2. bölümde Türk Ceza Hukukunda emrin yerine getirilmesinin şartları açıklanmıştır. 3. bölümde emrin yerine getirilmesinde sorumluluk durumu, verilen emrin kanuna aykırı olması ya da suç teşkil etmesi halinde amir ve memurun sorumluluğu, Anayasa ve Askeri Ceza Kanunu ile Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu açısından incelenmiştir. Son bölümde ise Uluslararası Ceza Hukukunda savaş suçları ve insanlara karşı suçlar açısından emrin yerine getirilmesinin kabul edilip edilmediği, Uluslararası Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri Statüleri ile Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statülerinde emrin yerine getirilmesine ilişkin düzenlemeler açıklanmıştır.



## I. BÖLÜM

### GENEL OLARAK HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ KARŞILAŞTIR - MALİ HUKUKTAKİ YERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

#### I. CEZA HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI VE TÜRK CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ AÇISINDAN KABUL EDİLEN SİSTEM

##### A. HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI

Bir fiilin suç teşkil edilebilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılıkta fiil ile hukuk düzeni arasında bir çelişki vardır. Hukuka uygunluk nedeni yoksa fiil de hukuka aykırıdır.<sup>1</sup> Bir hakkın ihlali olarak tanımlanan hukuka aykırılıkta hukuk düzeni tarafından korunan bir emir ve yasağa aykırı davranış söz konusudur.<sup>2</sup> Emir ve yasağın ihlali ceza hukukunda suç ve onun müeyyidesini ortaya çıkarır. Suç ve cezayı ortadan kaldıran bir sebep var ise buna da hukuka uygunluk sebepleri denmektedir.<sup>3</sup>

Hukuka aykırılığın suçun unsurlarından biri olarak kabulü yenidir. Hukuka aykırılığın kapsamı ve suçun unsurları arasında nerede yer aldığı, diğer unsurlar içinde kabul edilip edilmeyeceği doktrinde halen tartışmalıdır.<sup>4</sup> Ceza kanununda yer alan bir

<sup>1</sup> Kayıhan İÇEL/ Füsün SOKULLU AKINCI/ İzzet ÖZGENÇ/ Fatih S. MAHMUTOĞLU/ Yener ÜNVER, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.92 (Bu çalışmada İçel, **Suç Teorisi**, olarak atıfta bulunulacak).

<sup>2</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.93.

<sup>3</sup> Doğan SOYASLAN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.383.

<sup>4</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.93; Faruk EREM/ Ahmet DANIŞMAN/ Mehmet Emin ARTUK, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.61-62; Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 12. bası, c.2, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s.2-7; Ayhan ÖNDER, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.213; Uğur ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s.61-65; Nurullah KUNTER, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İ. Ü. Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s.77-86.

tarife uygun bir eylemin suç oluşturabilmesi için aynı zamanda suçun diğer unsurları yanında hukuka aykırı olması gerekir. Adam öldürme bir suç teşkil ettiği halde idam cezasını infaz eden memurun eylemi suç sayılmaz.<sup>5</sup> Çünkü ortada hukuka uygunluk sebebi mevcuttur ve bu sebep hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır.

Kapsamı açısından hukuka aykırılık sadece ceza hukuku bakımından değil diğer hukuk dalları açısından da kabul edilmektedir. Yani hukuka aykırılık bir bütündür. Diğer yasalarda yer alan kurallara aykırı davranma halinde de hukuka aykırı bir durum ortaya çıkmış olur.<sup>6</sup> Örneğin yeni Türk Medeni Kanunun 981. maddesine göre<sup>7</sup> “Zilyet her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak def edebilir. Zilyet rıza dışında kendisinden alınan şeyi, taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır.” Yine Borçlar Kanununun 52. maddesinde bir kimsenin kendi hakkını alması için hükümet müdahalesini temin edemediği hallerde kuvvet kullanabileceğine, 57. maddesinde gayri menkulüne zarar veren hayvan üzerinde zilyedin hapis hakkının bulunduğu dair hükümler yer almaktadır.<sup>8</sup> Hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti halinde hukuk düzeni ile fiil arasında çatışma ortadan kalkmakta hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı nedeni ile hukuka aykırılık söz konusu olmamaktadır. Bir başka ifade ile hukuka aykırılık ile hukuka uygunluk sebepleri bir arada bulunmazlar. Hukuka uygunluk varsa ortada hukuka aykırılık da yoktur.

Hukuka aykırılık objektif olarak değerlendirilmelidir. Şahsın, eylemin hukuka aykırı olduğunu bilip bilmemesi önemli değildir. Ancak bazı hallerde yasa koyucu “yetkili olan merciden verilmiş hüküm, ilam veya tevkif müzekkeresi olmaksızın” (T.C.K. md. 181), “memuriyet sıfatını ve memuriyete ait vazifeyi suiistimal suretiyle” (T.C.K. md. 209-210), “Kanunu Medenide yazılı ahkama riayet etmeksizin” (T.C.K.

<sup>5</sup> Alacakaptan, **a.g.e.**, s.61.

<sup>6</sup> Kunter, **a.g.e.**, s.111-112.

<sup>7</sup> 4721 sy T.M.K. 8.12.2001 Tarih 24607 Sayılı R.G.de yayınlanmıştır.

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.Önder, **a.g.e.**, s.229-231.

md. 511) tabirlerini kullanarak, suçun genel unsuru olan hukuka aykırılığı ayrıca belirtmiştir. Burada failin hukuka aykırılığı bilip bilmediği araştırılacaktır.<sup>9</sup>

## B. TÜRK CEZA HUKUKUNA GÖRE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Hukuk düzeni tarafından kabul edilen ve hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak fiili hukuka uygun hale getiren sebepler hukuka uygunluk sebepleridir.<sup>10</sup> Hukuka uygunluk halinde fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışma bulunmamaktadır. Toplumsal menfaatler gereği hukuka aykırı bir fiil hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Toplumun menfaatlerinin, zarar görenin hak ve menfaatlerinden üstün tutulması ve hukuk düzeni tarafından bu menfaatlerin ihlalinde bir zarar kabul edilmemesi nedeni ile eylem hukuka uygun kabul edilmekte, yasadaki suç tarifine uyan fiil meşru olarak doğmaktadır.<sup>11</sup> Yoksa bu sebepler cezalandırılabilme şartları arasında yer almazlar. Yani fiili baştan hukuka uygun hale getirdikleri için bu sebeplerin varlığı halinde ortada bir suç yoktur.

Hukuka uygunluk sebepleri sadece ceza hukukunda değil, diğer hukuk dallarında, medeni hukuk, idare hukuku gibi hukuk dallarında da mevcuttur. Hukuk düzeninin tekliği ilkesi uyarınca ceza hukuku diğer hukuk dallarında hukuka uygun bulunan eylemleri suç saymamıştır.<sup>12</sup> Hukuka uygunluk sebepleri sınırlı sayıda değildirler. Bu sebepler klasik olarak kanunda yazılı olan ve olmayan hukuka uygunluk sebepleri olarak sınıflandırılmaktadır. Kanunda yazılı olan hukuka uygunluk sebepleri olduğu gibi kanunda yazılı olmayan hukuka uygunluk sebepleri de mevcuttur. Kanunda yer almayan hukuka uygunluk sebepleri daha çok hakkın icrası ve mağdurun rızası adı altında toplanmaktadır. T.C.K.'nın 49. maddesinde ise hukuka uygunluk sebepleri kanunun hükmünü icra, yetkili merciin emrini yerine getirme, meşru müdafaa ve zaruret

<sup>9</sup> Kunter, **a.g.e.**, s.153; Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, s.18.

<sup>10</sup> Bahri ÖZTÜRK/Mustafa Ruhan ERDEM/Veli Özer ÖZBEK, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 4. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s.202.

<sup>11</sup> Alacakaptan, **a.g.e.**, s.64; Soyaslan, **a.g.e.**, s.382-383.

<sup>12</sup> Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.203.

hali olarak düzenlenmiştir. Aşağıda hukuka uygunluk nedenlerine kısaca yer verilerek emrin yerine getirilmesinden farklı yönleri anlatılmaya çalışılacaktır.

#### a.) Hakkın İcrası

Hakkın icrası hukuk düzeni tarafından bir hakkın kullanılmasının suç sayılmaması esasına dayanır. Anayasa ve kanunlar tarafından kabul edilen bir hakkı kullanana devletin ceza vermesi bir çelişki olurdu. O nedenle bir hakkı kullanan kimsenin eylemleri hukuka uygun sayılmıştır. Hak, özel hukuk ya da kamu hukuku kurallarından kaynaklanabileceği gibi yargı kararı ya da idari bir tasarruftan doğabilir.<sup>13</sup> T.C.K. hakkın kullanılması halinde hukuka aykırılık bulunmadığına dair genel bir hüküm koymamıştır. Ancak özel hükümler arasında hakkın kullanılması halinde suç teşkil eden eylemlerin cezalandırılmayacağına dair hükümler vardır. T.C.K. 245. maddesinde yasada ön görülen sınırlar içerisinde kuvvet kullanılmasının suç teşkil etmediğine, aynı yasanın 486. maddesinde savunma yaparken hakaret içeren yazı ve sözler nedeniyle takibat yapılamayacağına dair hükümler buna örnektir.

Hakkın icrasının söz konusu olabilmesi için öncelikle fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen sübjektif bir hak bulunmalıdır. Hak sahibi hakkını belli sınırlar içinde kullanmalı ve hakkın kullanılması ile işlenen suçlar arasında doğrudan doğruya bir bağlantı olmalıdır.<sup>14</sup> Hakkın kullanılması için bir merciye başvuru zorunluluğu var ise bu merciye başvurmadan bizzat hak sahibi tarafından şahıs veya eşya üzerine şiddet kullanılarak elde edilmeye çalışılması kendiliğinden hak almak suçunu oluşturur.<sup>15</sup>

Hakkın kullanılması hallerine örnek olarak yeni T.M.K.’nın 981, B.K. 52. veya 57. maddeleri uyarınca zilyedin malını koruma için kuvvet kullanması, T.C.K. 461.

<sup>13</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c. 2, s.32.

<sup>14</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c. 2, s.31-34.

<sup>15</sup> T.C.K.’nın 308. maddesi şöyledir: “Bir kimse hükümete müracaata muktedir olduğu ahvalde iddia eylediği bir hakkı istihsal maksadıyla eşya üzerinde kuvvet sarfıyla kendiliğinden hakkını ihkak ederse otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur. Eğer fail eşya üzerinde değil de eşhasa karşı tehdit veya şiddet istimal etmiş olursa bir aydan bir seneye kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur....”.

maddesi uyarınca mal için meşru müdafaa da bulunulması, 486. maddesi uyarınca savunma sırasında hakaret içeren yazı ve sözler sarf edilmesi, spor faaliyetleri sırasında oyun kuralları dahilinde rakibe karşı şiddet kullanılması, gazetecilik mesleği gereği kamu oyunu ilgilendiren konularda yayın yapılması verilebilir.<sup>16</sup>

#### b.) Mağdurun Rızası

Mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olacağına dair T.C.K.'da açık bir hüküm yoktur. Ancak T.C.K.'nın çeşitli maddelerinde “mağdurun rızası hilafına” denilerek mağdurun rızası halinde bu eylemlerin suç teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir. Başka bir deyişle mağdurun rızasının bulunmaması suç unsuru olarak kabul edilmiştir. Başkasına ait menkul bir malın faydalanmak amacıyla rızası hilafına alınması hırsızlık suçunu oluştururken, malın sahibinin rızasının bulunması halinde hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Yasa koyucu bazı suç tiplerinde mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olacağını kabul etmiştir. Bu suçlar mağdurun doğrudan doğruya üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkın korunduğu suçlar olup, aile düzeni aleyhine cürümler, şahıs aleyhine cürümler, mal aleyhine cürümlerde mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Doktrinde çoğunluk zina suçunun aile düzeni aleyhine işlenen suçlar arasında olmasına rağmen aile düzenini koruyan bir suç olması nedeniyle bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceğini savunmaktadır.<sup>17</sup> Ancak Anayasa Mahkemesinin kadın ve erkeğin zinasını düzenleyen T.C.K.'nın 440. ve 441. maddelerini iptal etmesi<sup>18</sup> ve kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılmaması nedeniyle zina fiili suç olmaktan çıktığından tartışmanın önemi azalmıştır.

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için mağdurun üzerinde mutlak olarak tasarruf edebileceği bir hak bulunmalı, bu hakkın ihlaline mağdur açıkça

<sup>16</sup> Ayrıntılı bilgi için Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.38-61; Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.226-236; İçel, **Suç Teorisi**, s.168-178; Önder, **a.g.e.**, s.236-240; Soyaslan, **a.g.e.**, s.386-389.

<sup>17</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.77; İçel, **Suç Teorisi**, s.187-188; Soyaslan, **a.g.e.**, s.392; Önder, **a.g.e.**, s.260.

<sup>18</sup> Ay.M. 23.9.1996 tarih 1996/ 15 Esas 1996/34 Karar sayılı R.G. 27.12.1996 tarihinde yayınlanan kararı ile T.C.K. nın 441.md. si;23.6.1998 tarih 1998/ 3 Esas 1998/28 Karar sayılı kararıyla T.C.K. nın 440.md. si iptal edilmiştir.

rıza göstermeli ve mağdur rıza ehliyetine sahip bulunmalıdır.<sup>19</sup> Mağdurun rızası açık veya örtülü olabilir. Konut dokunulmazlığını bozma suçunda konut sahibinin evine giren bir kimsenin dışarı çıkmasını istememesi örtülü bir rızadır. Yine mağdurun sahibi olduğu hakkın ihlali için rızasının geçerliliğinde yaş şartı getirilmiş olabilir. Reşit olmayan bir kimsenin cinsel özgürlüğünün bulunmaması nedeniyle rızasıyla cinsel ilişkide bulunması halinde mağdurun rıza ehliyeti bulunmadığından eylem suç olarak kabul edilmiştir.

Mağdurun rızası konusunda son yıllarda özellikle vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı üzerinde yapılan tartışmalar vardır. İyileşmeyen bir hastalığa yakalanmış kimsenin yaşamına son verilmesi olarak tanımlanan ötenazinin<sup>20</sup> leh ve aleyhine pek çok görüş vardır. Ötenazi ile ilgili T.C.K.'da bir hüküm bulunmaması nedeniyle böyle bir fiilin faili adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılmakta iken 1997 T.C.K. ön tasarısı ötenaziye düzenleyerek (m.137) 1 ila 3 yıl arasında hapis cezası öngörmüştür. Kanaatimizce tıp biliminin çok geliştiği bir dönemde bir kimsenin hastalığının iyileşmemesi nedeniyle yaşamına son verilmesi ve kişilerin en temel hakkı olan yaşama hakkına son verilmesinin hukuken savunulacak tarafı yoktur.<sup>21</sup> Ayrıca hastaya konulan teşhisin yanlış olması geri dönülmesi imkansız zararlara yol açabilmektedir.<sup>22</sup>

#### c.) Meşru Müdafaa

Meşru müdafaa, kişinin kendisinin veya başkasının hakkına yönelmiş ağır ve haksız bir saldırıyı def etmek amacıyla gösterdiği bir tepkidir.<sup>23</sup> T.C.K. nın 49. maddesi “gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vuku bulan haksız bir taarruzu filhal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle işlenen fiillerden dolayı faile ceza

<sup>19</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, **Suç Teorisi**, s.181–190; Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.69.

<sup>20</sup> Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.237.

<sup>21</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.189; Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.237-240; Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.79-80.

<sup>22</sup> 22 Mayıs 2002 tarihli Milliyet Gazetesinde yer alan bir habere göre: Avustralya’da kanser olduğu gerekçesiyle medyanın önünde aşırı dozda ilaç alarak ötenazi yapan kadının ölümünden sonra yapılan otopside aslında kanser olmadığı ortaya çıkmıştır.

<sup>23</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.97.



verilemez” diyerek meşru müdafaayı bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmiştir. Tarih boyunca bu kurum bütün hukuk düzenlerince kabul edilmiştir. Meşru müdafaayı açıklayan çeşitli teoriler mevcuttur.<sup>24</sup> Meşru müdafaa da saldırıda bulunanın hakkı ile savunmada bulunanın hakkı arasında bir tercih yapılmakta, savunmada bulunanın hakkı korunmaya değer görülmekte, bu nedenle savunma ile bir suç işlenmiş olmasına rağmen eylem hukuka uygun kabul edilmektedir.<sup>25</sup>

Meşru müdafaanın var olabilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Bu şartları saldırıya ve savunmaya ilişkin şartlar olarak ele almak gerekir. Saldırıya ilişkin şartlar arasında haksız bir saldırının varlığı, saldırının kişiliğe ilişkin bir hakka yönelmiş olması ve saldırının devam ediyor olması yer alır. Savunmaya ilişkin şartlar ise savunmada zorunluluk bulunması ve savunma ile saldırı arasında bir dengenin olmasıdır.

Objektif ve sübjektif olarak hukuka aykırı bir hareket haksız harekettir. Haksız saldırının bir suç teşkil etmesi gerekmez. Haksız eylem bir insan hareketi olmalıdır. Hayvanların saldırısına karşı meşru müdafaa değil, zaruret hali söz konusu olur. Haksız saldırı hukuka aykırı olması gerektiğinden hakkını icra eden veya görevini yerine getiren kimseye karşı meşru müdafaa kabul edilmez. C.M.U.K.’nın 127. maddesine göre; herkesin suçüstü halinde kaçan sanığı yakalamak yetkisi vardır. Kendisini yakalamak isteyen güvenlik kuvvetine ya da bir vatandaşa karşı direnmek meşru müdafaa kapsamına girmez. Yine bir ceza evi görevlisinin hükümlü ya da tutukluyu ceza evinde tutması görev icabı olduğundan ortada bir haksız hareket yoktur. Ona karşı hürriyetini korumak amacıyla bir direnç göstermek haklı bir savunma sayılamaz.<sup>26</sup>

Ceza Kanunu nefis veya ırza yönelik bir saldırıdan bahsederek haklı savunmanın sınırlarını dar tutmuştur. Mala karşı yönelen bir saldırı nedeniyle meşru müdafaa 49. maddede yer almamakla birlikte Ceza Kanununun bazı maddelerinde ve Medeni

<sup>24</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.566-569.

<sup>25</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.103; Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.567.

<sup>26</sup> Soyaslan, **a.g.e.**, s.405; Önder, **a.g.e.**, s.242.

Kanunda mülkiyet ve zilyetliğe karşı saldırılarda meşru müdafaa kabul edilmektedir.<sup>27</sup> Nefis ve ırz kavramları kişinin yaşama hakkı, beden bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, cinsel, haberleşme ve iş hürriyetine ilişkin değerleri kapsamına alır.<sup>28</sup>

Savunma ile saldırı aynı zamanda gerçekleşmelidir. Bitmiş bir saldırıya karşı haklı savunma söz konusu olamaz. Bu halde haklı savunma değil artık bir öç alma söz konusudur. Hukuk düzeni de öç almaya bir meşruiyet tanıyamaz. Ancak bitmiş bir saldırının devam edeceğine dair bir ihtimal söz konusu ise bu takdirde saldırı devam ediyor sayılmalı ve haklı savunma hali kabul edilmelidir. Gelecekteki bir saldırıya karşı ise bu saldırıdan resmi mercilere başvurma imkanı ya da başka türlü kurtulma yolu bulunduğu zorunlu bir savunma hali, dolayısıyla haklı savunma da yoktur.<sup>29</sup> Fakat bu halde icra hareketleri başlamış ve saldırının muhakkak suretle meydana geleceği anlaşıyorsa bir saldırının varlığını kabul etmek gerekir.

Saldırıya uğrayanın başka türlü saldırıdan kurtulma imkanı bulunmamalıdır. Başka türlü hareket etme imkanı var ise meşru müdafaa kabul edilmez. Saldırıdan kaçmak imkanı varken kaçmayıp müdafaada bulunma halinde ise kimseye kaçma yükümlülüğü yüklenemeyeceğinden meşru müdafaanın varlığı Yargıtay ve doktrinde kabul edilmektedir.

Savunma, saldırıda bulunan kimseye karşı gerektiği ölçüde yapılmalıdır. Saldırıda bulunan kimse dışında üçüncü bir kişiye savunmada bulunulursa meşru müdafaa kabul edilmez. Savunmada aşırılığa gidilerek savunma sınırının aşılması halinde ise T.C.K.'nın 50. maddesine göre; savunma sınırını aşan kimse cezalandırılır. O nedenle savunma sınırının belirlenmesinde kullanılan araç ve saldırıya uğrayan ile savunma sonucu zarara uğratılan hakka bakmak gerekir. Savunmada bulunan kimsenin saldırıda bulunan kimse ile aynı araçları kullanması beklenemez. Bıçakla saldırıya karşı

<sup>27</sup> Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.216.

<sup>28</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.212; Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.216; Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.573.

<sup>29</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.113; Önder, **a.g.e.**, s.243; Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.217; Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.575; İçel, **Suç Teorisi**, s.144.

tabanca kullanılabilir. Ancak burada araç ölçülü olarak kullanılmalıdır. Yine saldırıda bulunulan hak ile savunma sonucu ihlal edilen hak arasında bir denge bulunmalıdır. Her iki hakkın aynı değerde olması beklenemez.<sup>30</sup> Ancak daha az önemli bir hakka saldırı karşısında çok daha önemli bir hakkı ihlal etme halinde bir orantının bulunmaması söz konusu olabilir. Diyelim ki kendisine karşı sarkıntılıkta bulunulan mağdur mütecavizi tokatlayabilirse de öldürme fiilini işlerse savunma sınırını aşmış olur. Mağdur kendisine karşı yapılan saldırıya rıza göstermişse ve ihlal edilen hak üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisi varsa meşru müdafaa bulunamaz. Çünkü haksız bir saldırı yoktur. Ancak mağdurun mutlak tasarrufta bulunamadığı bir hakkın ihlali halinde meşru müdafaa kabul edilebilir.

#### d.) Zaruret Hali

Zaruret hali bir kimsenin bilerek ve isteyerek sebep olmadığı bir tehlikeden kendisini veya üçüncü bir şahsı kurtarmak amacıyla suç işlemesidir. Klasik örnekler olarak dağda kalan ve donmak üzere olan iki dağcının rastladıkları kulübenin kapısını kırarak içeri girmeleri; yine iki dağcıdan birinin bağlı oldukları ipin iki kişiyi taşıyamaması durumunda ipin kesilerek diğer dağcının uçuruma yuvarlanması,<sup>31</sup> açlıktan ölmek için fırından ekmek çalınması, doğum esnasında sağlık nedenleriyle anneyi kurtarmak için çocuğun feda edilmesi, bir deniz kazası sonunda bir kayığa sığınan kazazedelerin bir kısmının batma tehlikesi nedeniyle denize atılması halleri gösterilebilir.<sup>32</sup>

Zaruret halinde korunan hak, yaşama, vücut bütünlüğüne, sağlığa, cinsel özgürlüğe, kişi özgürlüğüne, şeref ve haysiyete ilişkin bir hak olabilir. Yasada sadece nefis terimi kullanılmış ise de bu kavramı geniş olarak yorumlamak gerekir.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.117-118; Soyaslan, **a.g.e.**, s.407; İçel, **Suç Teorisi**, s.152; Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.577.

<sup>31</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.115.

<sup>32</sup> Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s.10-13.

<sup>33</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.160.

Zaruret halinin şartlarını tehlikeye ve korunmaya ilişkin şartlar olarak iki grupta incelemek mümkündür. Tehlikeye ilişkin şartlar arasında ağır bir tehlikenin bulunması, tehlikeye neden olup olmaması ve tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması yer alır. Korunmaya ilişkin şartlar ise; başka türlü tehlikeden kurtulma imkanının olmaması, korunan menfaat ile zarar arasında denge olmasıdır.<sup>34</sup>

Yaşama, vücut bütünlüğüne ırz ve namusa, şeref ve haysiyete yönelik bir tehlike olmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi tehlike bir insan davranışından kaynaklanabileceği gibi bir hayvan saldırısı, doğa olayı ya da insan ihtiyaçlarından kaynaklanabilir. Tehlike filhal yani mevcut, devam eden bir tehlike olmalıdır. Gelecekteki bir tehlike zaruret haline gerekçe olamaz. Ancak henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte gelecekte gerçekleşmesi mutlak olan tehlike halen var olan bir tehlike gibi değerlendirilmelidir. Zararın yakın bir gelecekte gerçekleşeceğini gösteren kuvvetli ihtimaller var ise tehlike var demektir.<sup>35</sup>

Meydana gelecek zararın ağır olması tehlikenin ağır olması anlamına gelir. Basit bir ihtiyacın karşılanamaması halinde ağır bir zarar söz konusu olmaz. O nedenle açlık nedeniyle ekmek çalmak zaruret haline girdiği halde keyif verici maddeleri çalmak zaruret hali sayılamaz.<sup>36</sup>

Kişinin kendi kusuru sonucu meydana gelen tehlikelerden kurtulmak için üçüncü bir şahsa zarar verilmesini hukuk düzeni kabul etmemiştir. Buradaki kusur kasten tehlikenin meydana getirilmesidir. Bilerek ve isteyerek tehlikeye neden olunmuşsa zaruret hali yoktur. Taksirle tehlikeye sebebiyet verilmesi halinde zaruret halinden faydalanmak mümkündür.

<sup>34</sup> Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.221-224; Önder, **a.g.e.**, s.251-255; İçel, **Suç Teorisi**, s.158-166; Erem- Danışman-Artuk, **a.g.e.**, s.586-589; Soyaslan, **a.g.e.**, s.412-413.

<sup>35</sup> Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, cilt.2, Torino ,1961, s.407 zikreden Toroslu, **a.g.e.**, s.97.

<sup>36</sup> Manzini, l n 423, zikreden Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.587.

Tehlikeye karşı koyma konusunda hukuki bir yükümlülüğü bulunan kimseler zaruret halinden istifade edemezler. Bu yükümlülük bir kanundan doğabileceği gibi amirin emrinden sözleşme veya bir kamu görevinden doğabilir.<sup>37</sup> Savaş sırasında bir askerin,<sup>38</sup> banka soygunu sırasında bir polisin, deniz kazası esnasında gemi kaptanının, yangın halinde itfaiye erinin tehlikeye karşı koyması, görevini yerine getirmesi gerekir.

Şayet tehlikeden kaçma imkanı varsa yada başka bir yol ile mesela hükümet kuvvetlerine başvurarak kurtulma yolu mevcutsa zaruret hali yoktur.<sup>39</sup> Tehlikeye neden olmayan üçüncü bir kişiye zarar verildiği için feda edilen yarar korunmak istenen yarardan üstün olduğu takdirde zaruret hali yoktur.<sup>40</sup>

#### e.) Kanunun Hükmünü İcra

Kamu görevlilerince bir görevin ifa edilmesi ya da başka kimselere bir konuda belli şekilde davranma hak ve yetkisini veren hukuk kurallarının uygulanması nedeniyle bu kuralı uygulayan kamu görevlisi ya da başka kimselere ceza verilmez. Çünkü bu durumlarda hukuka aykırılık söz konusu değildir. Hukuk kuralları uygulanmak için yürürlüktedir. Yürürlükte olan bir kuralı uygulayan ya da kuralın verdiği hakkı kullanan kimselere ceza verilmesi kanun koyucunun iradesine aykırı olur. Nitekim T.C.K.'nın 49. maddesi “kanunun bir hükmünü icra suretiyle işlenen fiillere ceza verilmez” diyerek bu durumu açıkça kabul etmiştir.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından kanunun hükmünü icra ile yetkili merciin emrini yerine getirme daha genel bir hukuka uygunluk sebebi olan görevin yerine getirilmesi olarak incelenmektedir.<sup>41</sup> Bu fikre göre kanunun yüklediği bir ödevi veya

<sup>37</sup> Toroslu, **a.g.e.**, s.138.

<sup>38</sup> As. C. K.nın 46. maddesi aynen şöyledir: “vazifeye hizmette şahsi tehlike korkusu cezayı hafifletmez.”

<sup>39</sup> Erem- Danişman- Artuk, **a.g.e.**, s.589; Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.134; Öztürk- Erdem- Özbek,**a.g.e.**, s.223; İçel, **Suç Teorisi**, s.164.

<sup>40</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.165; Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.135; Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**,s.224.

<sup>41</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.82; aynı görüşte Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması, Fiilin Hukuka Aykırılığı Kavramı ve Hukuka Uygunluk Sebepleri Hakkında Bazı

amirin emrini yerine getiren kimse görevini yapmaktadır. Görevin kaynağı kanun ise kanunun hükmünü icradan, amirin emri ise yetkili merciin emrini ifadan söz edilir. Görevin yerine getirilmesinde bir yükümlülük söz konusudur. Yeni İtalyan Ceza Kanunun 51. maddesinde: “hukuk kuralının ya da resmi mercilerin, meşru amirlerinin yüklediği ödevin icrasından” bahsedilmiştir. Yeni Fransız Ceza Kanunu ise “yetkili merci tarafından emredilen fiili icra eden kişi, emir açıkça görünür şekilde kanuna aykırı olmadıkça sorumlu olmaz” demektedir.<sup>42</sup>

Kanunumuz yetkili merciin emrini yerine getirme ve kanun hükmünü icrayı ayrı ayrı ele almıştır. İkisinin birlikte bulunması zorunlu değildir. Mevzuat Kanununun kabulü esnasında her zaman kanunun verdiği görevi yerine getirmek için bir amirin bulunamayacağı ya da kanunun suçüstü halinde herkese suçluyu yakalama görevi verdiği durumlarda her iki şartın bir arada bulunamayacağı ileri sürülerek kanunun hükmü ile amirin emri ayrı ayrı ele alınmıştır.<sup>43</sup> Kanaatimizce kanun hükmünü yerine getirme ile yetkili merciin emrini yerine getirmenin birbirlerine yakın, benzer konular olmasına rağmen verilecek emrin kanuna aykırı olması, kanun hükmünü yerine getirmede bir kamu hukuku ilişkisi bulunmaması nedeniyle ayrı düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır.

Kanunun hükmünü icra ile emrin yerine getirilmesi aynı fıkra içerisinde ayrı ayrı düzenlenmiş iseler de yetkili merciin emrini yerine getirme ve diğer hukuka uygunluk sebeplerinde aslında bir kanun hükmü yerine getirilmektedir. Bu kanun hükmü T.C.K.’nın 49. maddesidir. Kanun hükmünü icrada kanunla verilen yetkinin kullanılması söz konusudur. Yani kanun belli durumdaki kişilere belli bir davranışta bulunabilmeleri konusunda doğrudan doğruya yetki vermiştir. CMUK’un 127. maddesinde suçüstü halinde herkese faili yakalama yetkisi verilmesinde olduğu gibi.

---

Mülâhazalar”, A.Ü.S.B.F.D., c.23, 1968, s.194; Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.249; Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.553.

<sup>42</sup> Zikreden Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s. 82 dipnot 1.

<sup>43</sup> Majno, **Ceza Kanunu Şerhi**, Yargıtay Yayınları, No:3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s.207.

Emrin yerine getirilmesinde ise sadece kamu görevlilerine emrin yerine getirilmesi için yetki ve görev verilmiştir.<sup>44</sup>

Kanunun hükmünü yerine getirmede amir-memur ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur. Hukuka uygunluk sebebinin kaynağı kanundur. Kanunun hükmünü icra eden doğrudan doğruya kanundan aldığı emri veya yetkiyi yerine getirmektedir. Emrin yerine getirilmesinde yerine getirilecek emir amirin emridir.<sup>45</sup>

Kanunun hükmünü icra, emrin yerine getirilmesi ile iç içe geçmiştir. Bu nedenle amir yalnızca kanuna uygun olarak emir verebilir diye düşünülerek, emrin yerine getirilmesi aynı zamanda kanunun hükmünü yerine getirmedir, denebilirse de; amir kanunun ruhuna aykırı olmamak kaydıyla kanundaki boşlukları emir yoluyla doldurabilme imkanına sahip olduğundan arada fark bulunduğu sonucuna ulaşılabilir.<sup>46</sup>

Kanun deyimini yazılı hukuk kuralı olarak anlamak gerekir. Bu kural ceza kanununda yer alan bir kural olabileceği gibi başka kanunlarda yer alan bir kural da olabilir. Din veya ahlak kuralı kanun kavramına dahil değildir.<sup>47</sup> Tüzük ve yönetmeliklerde yer alan kurallar da kanun deyimini kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>48</sup>

Kanun deyimini fiilin meşrutiyetini gösterir.<sup>49</sup> Yasama organının ya da yürütmenin düzenleyici tasarruf hükümlerini yerine getiren kişinin fiili hukuka aykırı değildir. Kanunun meşru saydığı bir fiile ceza verilemez. Suç işlediği konusunda yeterli delil bulunan ve kaçma şüphesi altında olan kimseler yargıç kararıyla tutuklanabilir (C.M.U.K. md. 104). Hakkında tutuklama müzekkeresi bulunan tutukluyu cezaevine alan infaz koruma memuru hürriyeti tahdit suçu işlemiş olmaz. İdam kararını yerine getiren cellat adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılmaz (T.C.K. md. 12). Yetkili

<sup>44</sup> Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKCEN/A. Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.507; Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.204.

<sup>45</sup> Önder, **a.g.e.**, s.228.

<sup>46</sup> Önder, **a.g.e.**, s.228.

<sup>47</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.83.

<sup>48</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.118-119.

<sup>49</sup> Majno, **a.g.e.**, s.208.

yargıç veya acil hallerde Cumhuriyet Savcısının emriyle sanığın evinde arama yapan zabıta memurlarının eylemleri suç teşkil etmez (C.M.U.K. md. 97). İcra memurlarının haciz için borçlunun evine girmeleri konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturmaz. Suçüstü halinde kaçmakta olan fail herkes tarafından yakalanabilir (C.M.U.K. md. 127). Bütün bu hallerde Anayasa ile teminat altına alınan yaşama, konut dokunulmazlığı, kişi hürriyeti gibi temel haklar yine bir kanun hükmü ile ihlal edilmekte ancak kanun bu fiilleri meşru görmekte, ceza vermemektedir. Tutuklu, bir suç işlediğinden hürriyetinden mahrum edilmekte ve cezaevine alınmakta, suç işleyen aleyhine delil elde etmek amacıyla arama yapılmakta, borçlu borcunu ödemediği için evine girilmekte ve eşyaları haciz edilmektedir. Kanunun meşru saydığı fiilleri işleyen kişilerden kanun hükümlerini yerine getirdikleri için suç işlemiş sayılmamaktadırlar.<sup>50</sup>

Kanunun hükmünü yerine getirmek için ayrıca bir emir verilmesine gerek yoktur. Kanun hükmü ile herkese ya da bazı kamu görevlilerine belli bir şekilde davranmak ödevi yüklenmiş olabilir. Suçüstü halinde failin yakalanması herkese yüklenen bir ödevdir (C.M.U.K. 127). Yine suçüstü halinde T.C.K.'nın 527. maddesine göre; geçerli bir özrü olmaksızın gerekli hizmet ve yardımı yapmayan kimse cezalandırılmaktadır. Bazı durumlarda ise kanun sadece kamu görevlilerine bir ödev yüklemiştir. Bu görevliler dışındaki kimseler yasaların kendisine vermediği yetkiyi kullanarak hukuka uygun davrandıklarını iddia edemezler. Alacaklı borçlunun borcunu ödemesi için mallarını haczettirmek yerine borçlunun mallarını alırsa suç işlemiş olur. Yine kanun silah kullanma yetkisini bazı kamu görevlilerine vermiştir. Polisler, Polis Vazifeye Salahiyetler Kanunu, jandarmaya, Jandarma Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, çarşı ve mahalle bekçilerine, Çarşı ve Mahalle Bekçileri Hakkında Kanun, cezaevi müdürü ve memurlarına Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun, özel güvenlik görevlilerine Özel Güvenlik Görevlileri Hakkında Kanun bu yetkiyi vermiştir. Bunlar dışındaki kimse ya da kamu görevlilerinin silah kullanması halinde kanunun hükmünü yerine getirme söz konusu olmayacaktır.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Ahmet ERDOĞDU, “Kanunun bir hükmünü Yetkili bir merciin emrini icra sırasında işlenen suçlar”, **A.D.**, sy. 1-6, 1951, s. 539-540.

<sup>51</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.84.



#### f.) Emrin Yerine Getirilmesi

T.C.K.'nın 49. maddesinin 1 numaralı bendine göre: “Yetkili bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.” Aynı maddenin son fıkrasına göre ise: “Bir numaralı bentte gösterilen hallerde merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme mürettip ceza emri veren amire hüküm olunur.” Anayasanın 137. maddesine göre de: “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun ya da Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse emir yerine getirilir, bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

Buradan yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinde bir kamu hukuku, ast üst ilişkisinin, meratip silsilesinin (hiyerarşi) bulunması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Hiyerarşi bir kurum içinde çalışmakta olan kimselerden astı üste bağlayan bir bağıdır. Özel hukuk alanındaki emirler ise yetkili bir merci ve kamu hukuku ilişkisi bulunmadığından bu kapsama girmez.<sup>52</sup> Babanın oğula istihdam edenin müstahdeme verdiği emirler gibi.

Emrin yerine getirilmesi T.C.K.'nın genel hükümler bölümünde yer aldığı için kasten ve taksirle işlenen cürüm ve kabahatler için uygulanır. Madde metninde işlenen bir fiil dendiği için bu fiil cürüm olabileceği gibi kabahat de olabilir. T.C.K.'nın 60. maddesi nüfuz ve idare nezareti altında bulunanların işledikleri kabahatler hakkında uygulanacak bir hüküm getirmiştir. Burada 49. maddenin aksine yetkili bir makam ve kamu hukuku ilişkisi aranmadığından ve sadece cürümler hakkında uygulandığından bu yönleriyle 49. maddeden ayrılır.

<sup>52</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.85.

Yetkili merciin emri bir hukuka uygunluk sebebidir. Emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için bazı şartlar gerekir. Bu şartlar emrin yetkili bir merciden verilmesi, emrin yerine getirilmesinin görev icabı zorunlu olması ve emrin kanundaki şekil ve içeriğe uygun olmasıdır. Yetkili bir makam tarafından verilen ve yerine getirilmesi görev icabı zorunlu, yasadaki şartlara uygun bir emrin yerine getirilmesi halinde hem amir hem de memur açısından bir sorumluluk söz konusu değildir. Ayrıntısını aşağıda açıklayacağımız için burada konu bütünlüğü açısından emrin yerine getirilmesinden kısaca bahsedilmiştir.

## II. EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

İnsanlar toplum halinde yaşamaya başladıklarından itibaren bir otoriteye tabi olmak ihtiyacını hissetmişlerdir. Doğumla birlikte çocuk kendisini aile içerisinde bir otoriteye tabi olarak bulur. Bu otorite zamanla yöneten yönetilen ayrımı ile yönetilenin yönetene itaati şekline dönüşür. Böyle bir itaatin bulunmaması toplumu kaosa sürükler. Kamu otoritesinin kullanılması ise kamu görevlileri vasıtasıyla gerçekleşir. Bu durum amir ve memur kavramlarını ortaya çıkarır. Amirler görevli memurlar aracılığıyla kamu hizmetini gördürürler. Memurlar ise verilen emirleri yerine getirmek suretiyle kamu hizmetini görürler. Amirin emri doğal bir üstünlükten kaynaklanan bir irade beyanı değildir. Hukuki nitelik taşır.<sup>53</sup> Aşağıda Türk Hukukuna kaynaklık eden Roma Hukukundan başlamak üzere tarihi gelişim özet olarak anlatılmaya çalışacaktır.

Roma Hukukunda aile siyasi ve kamusal bir teşkilattır. Pater familias denilen aile babası ev içerisinde hakim konumdaydı ve geniş yetkilere sahipti. Devlet Pater familiasın yetkilerini azaltmaya çalışıyordu. Bu nedenle amirin emrini ifada kısıtlama ve sınırlamalar Roma Hukukundan kaynaklanmıştır. Roma Hukukunda emrin icrasıyla suç işlenmiş ise emri yerine getiren emri yerine getirmek zorunda ise sorumlu olmazdı. Bu durum “Emri icra eden, itaat eden affa layıktır. Emri veren kimse emretmek yetkisine

<sup>53</sup> Bu konuda tartışmalar için bkz. H. Yılmaz GÜNAL, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, A.Ü.S.B.F. Yayını, Doçentlik Tezi, Ankara, 1967, s.63.

sahip ise Aquila Kanunu bu kimseye tatbik edilir. Bu kimse yetkiye sahip değilse fiili işleyen hakkında da takibat yapılır.” şeklinde ifade ediliyordu.<sup>54</sup>

Aile içerisinde reisin otoritesi altında kadın, çocuk ve köleler bulunuyordu. Köleler aile reisine itaat mecburiyetinde idiler. İtaat kayıtsız ve şartsız değildi. “Atrocitatem facinoris” denilen dehşet ve vahşet arz eden katl, hırsızlık gibi ağır suçlarda bir hukuka uygunluk sebebi yoktu. Ancak efendinin hukuka uygun emirlerine itaat halinde bir zarar meydana gelmişse taksiri olmadığında köle sorumlu olmuyordu. Hafif suçlarda kölelerinin cezasız kalmasının nedeni efendinin itaat etmeyen köleyi öldürme yetkisiydi. Devletin otoritesi arttıkça bazı suçları işleyen kölelerin cezalandırılması hali söz konusu oldu. Ancak köleye verilecek ceza indiriliyordu. Kölenin itaati dehşet ve vahşet arz eden bazı suçlarda sınırlandırılmıştı. Ancak bu kavramı belirleyen kesin bir kriter yoktu.<sup>55</sup>

Çocuklarda aile reisinin otoritesinin altındalardı. Kölelere göre hür kimseler olmalarına rağmen köleler gibi emre itaat sonucu hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumlu değildiler. Hatta dehşet ve vahşet arz eden suçlarda dahi çocukların sorumlu olmaları dahi tereddütlüydü. Babanın emri ile annesiyle zina yapan şahsı öldüren çocuğa ceza verilmiyordu.<sup>56</sup>

Memurun emri ile hareket eden kimseye itaat zorunluluğu gereği kötü bir kasıtlı hareket etmediği kabul ediliyor o nedenle bu kimselere ceza verilmiyordu. Ancak memurun emir vermeye yetkili olması gerekirdi. Vatandaşın emri şekli kontrol hakkı vardı. Yetkili olmayan memurun emri ile hareket eden cezadan muaf değildi.<sup>57</sup>

Askeri şahıslar açısından savaş zamanında mutlak itaat prensibi geçerliydi. Komutanın emirlerini yerine getirmeyen ölüm cezası ile cezalandırılıyordu. Askeri

<sup>54</sup> Giavoleno (D.9.2.37) zikreden Giuseppe Bettiol, L’ordine del l’Autorita nel Diritto Penale, Milano 1934, s.9, zikreden, Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.19-20.

<sup>55</sup> Bettiol, L’ordine, zikreden Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.21.

<sup>56</sup> Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.22.

<sup>57</sup> Bettiol, L’ordine, s.16 zikreden Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.23.

emirlere kayıtsız şartsız itaat zorunluydu. Barış zamanı ise köle ve çocuklar gibi “atricotem facinoris” hallerinde itaat zorunluluğu yoktu.<sup>58</sup>

İslamiyeti kabulden önce Türk devletlerinde devletin başında bulunan hakanların emrine mutlak itaatte bulunmak zorunluydu. Emri yerine getirenin emrin yerine getirilmesinden dolayı herhangi bir sorumluluğu yoktu.<sup>59</sup>

İslam hukukunda ise inananların Allah’ın emir ve yasaklarına itaati iyi bir kul olmak için zorunludur. Bu emir ve yasaklar Kur’an’da ve Rasulullah’ın sünnetinde yer alır. Ululemir denilen devlet başkanlarına itaat İslamiyet tarafından kabul edilmiştir. “Ululemre itaat” zorunludur. Ancak bu itaat ululemrin İslam hukuku kurallarına uyması ile sınırlıdır. Allah’ın emirlerine ve Resulullah’ın emirlerine uymayan ululemre itaat zorunluluğu yoktur. Zira ululemir yer yüzünde Hz. Muhammed’ in halefidir.<sup>60</sup>

Osmanlılarda 1958 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununda –ki bu kanunname 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun bir nevi tercümesiydi- amirin emri ile ilgili hükümler yer almıştır. Hümayunun 99. maddesinde memurun cebir ile hareketi halinde memura ceza verilmeyeceği, amirin cezalandırılacağı, 105. maddesinde amirin emri ile hareket ettiğini ispat eden memurun cezadan muaf olduğu, 184. maddesinde adam öldürme hallerinde amirin emri ile bu suç işlenmişse amirin sorumlu olacağına dair hükümler yer almıştır.<sup>61</sup> bu hükümlerde suç teşkil eden emri veren amirin sorumlu olduğu, memurun verilen emir nedeniyle manevi cebir altında bulunduğundan sorumluluğunun kabul edilmediği sonucu çıkarılabilir.

1876 tarihli Kanun-u Esasi’nin 41. maddesine göre “memurun amirine hürmet ve riyeti lazımeden ise de itaati kanunun tayin ettiği daireye mahsustur. Hilafı kanun

<sup>58</sup> Bettiol, L’ordine, s.16 zikreden Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.24.

<sup>59</sup> İslamiyetten önce Türk Hukuku ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet MUMCU/Coşkun ÜÇÖK, **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınları, 5. bası, Ankara, 1985, s.13.

<sup>60</sup> Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.28.

<sup>61</sup> George Young Corp de Droit Ottoman , Oxford 1906, s.21, zikreden Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.29.

olan umurda amire itaat mesuliyetten kurtulmaya medar olamaz.”<sup>62</sup> Yani memur amirine itaatle yükümlüdür. Ancak bu yükümlülük kanunun tayin ettiği sınırlar dahilindedir. Amirin kanuna aykırı emirlerini yerine getiren memur sorumluluktan kurtulamaz.

1924 A.Y.’sinin 94. maddesinde: “Kanuna muhalif olan unsurda amire itaat memuru sorumluluktan kurtarmaz.” hükmü yer almaktadır. Ayrıca 103. maddenin 2. fıkrasına göre kanunlar anayasaya aykırı olamaz. O nedenle memur emrin kanuna şekil ve içerik olarak uygunluğunu araştırmakla yükümlüdür. Memur emrin kanuna uygunluğunu araştırmaz ve bir suç işleyecek olursa sorumluluktan kurtulamaz. Kanuna aykırı emri yerine getiren memur 94. maddeye göre sorumlu iken amir de T.C.K.’nın 49. maddesinin son fıkrasına göre sorumlu olmaktadır. Yani kanuna aykırı emir veren amir ve emri yerine getiren memur sorumludur.<sup>63</sup>

1961 A.Y.’sinin 125. maddesi ise “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.” diyerek kanuna aykırı emri yerine getirmenin hukuka uygunluk sebebi olamayacağını açıkça belirtmiştir. Kanuna aykırı emri yerine getiren memur A.Y.’nin 125. maddesine göre, emri veren amir T.C.K.’nın 49. maddesine göre sorumlu olmaktadır.<sup>64</sup>

Bugün yürürlükte olan 1982 A.Y.’si ise 1961 A.Y.’sinin 125. maddesini aynen tekrarlamaktadır. Kanuna aykırı emri yerine getiren memur ve emri veren amir sorumlu olmaktadır. Ancak 1924 ve 1961 Anayasalarında 1924 A.Y.’sinden farklı olarak kanunsuz emirde sorumluluğa askeri hizmetlerde ve acele hallerde kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunması için kanunla istisnalar getirilebileceği kabul edilmiştir.

<sup>62</sup> Müjdat ŞAKAR, **1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar**, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s.291.

<sup>63</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.90-91.

<sup>64</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s. 91.

### III- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

#### A- ALMANYA

Alman Ceza Kanununda bizim ceza kanunumuzdaki gibi amirin emrinin yerine getirilmesi konusunda ayrı bir madde bulunmamaktadır. Memur amirin kanuna uygun olarak verdiği emri yerine getirirse sorumlu değildir. Aşağıda açıklanacak olan bizim hukukumuzdaki düzenlemeden farklı olarak memur amirin kanuna aykırı olarak verdiği emirleri yerine getirmek zorunda da değildir. Amirin kanuna aykırı olarak verdiği emirleri yerine getiren memur sorumluluktan kurtulamaz. Ancak bazı yasalarda memurun kanuna aykırı da olsa verilen emri mutlaka yerine getirmek zorunda olduğu kabul edilmiştir. Alman Askeri Ceza Kanununa göre bazı hallerde kanuna aykırı olarak verilen emirleri yerine getiren asta ceza verilmez.<sup>65</sup>

#### B- FRANSA

Amirin emrini yerine getirme tek başına hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemektedir. Bir kanun hükmünün bulunması halinde emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan bizim hukuk sistemimizden farklıdır. Fransız Hukukuna göre kanunda yer alan ve yetkili makamın emri ile işlenen fiillere ceza verilmemektedir. Emir konusunda “açıkça kanuna aykırı” ve “görünüşte kanuna uygun” ayrımı yapılmaktadır.<sup>66</sup> Yeni Fransız Ceza Kanunu madde. 122- 4 ikinci fıkrasında “yetkili mercii tarafından emredilen fiili icra eden kişi emir açıkça görünür şekilde kanuna aykırı olmadıkça sorumlu olmaz” demektedir. Emir açıkça kanuna aykırı ise yerine getirilmez. Getirilirse memur sorumlu olacaktır. Ancak kanuna açıkça aykırı olmayan emrin yerine getirilmesi halinde memurun sorumluluğu bulunmamaktadır. Memur manevi cebire maruz kalmış ise yine sorumluluğu söz konusu olmaz.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Erdoğan, a.g.e., s.555.

<sup>66</sup> Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s.12-14.

<sup>67</sup> Dönmezer- Erman, a.g.e., c.2, s.82 dipnot 1 ve s.89 dipnot 31a.

## C- İSVİÇRE

İsviçre Federal Ceza Kanunu 32. maddesinde; “kanunen veya bir memuriyet görevinin yerine getirilmesi ile işlenen veya bir kanunun izin verdiği veya cezalandırılmadığı bir fiil cürüm veya kabahat değildir” denilmektedir. Memur, görevi dolayısıyla işlediği fiillerden dolayı cezalandırılmaz. Amirin verdiği görevi yerine getirirken suç işleyen memur verilen emrin kanuna aykırı olduğunu biliyorsa eyleminden sorumlu olur. Kanuna aykırı olan emri veren amir de müşterek fail olarak sorumludur.<sup>68</sup> Ancak cezanın indirim sebeplerini düzenleyen 64. maddeye göre yargıç takdiren amirin emri ile suç teşkil eden fiili işleyen memurun cezasını indirebilir.<sup>69</sup> İsviçre Askeri Ceza Kanununun 18. maddesinde emrin infazı yüzünden kanuna aykırı bir fiil işletmiş olan amir, fiilden müşterek fail olarak sorumlu tutulur. Eğer memur verilen emri kanuna aykırı olarak infaz etmişse o da fiilden sorumlu olur.<sup>70</sup>

## D- İNGİLTERE

“Hukukun üstünlüğü” kuralından hareketle ast üstün emri ile hareket ettiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Üstün emri ancak kanunun yetki verdiği hallerde mazeret teşkil eder. Kanuna aykırı olarak verilen emri yerine getiren memur, eylemi suç teşkil etsin ya da etmesin eyleminden dolayı sorumlu olur. Yani İngiliz hukukunda emrin suç teşkil etmesi veya suç teşkil etmemesi ayrımı yapılmamış, emrin kanuna uygun olup olmaması üzerinde durulmuştur.<sup>71</sup> Bizim hukukumuzda ise memur emrin mevzuat hükümlerine aykırı olduğu kanaatine varırsa emri yerine getirmeyerek bu durumu amirine bildirir. Amir emri yazı ile yinelerse memur emri yerine getirir. Bu halde ise sorumluluktan kurtulur.

<sup>68</sup> Erdoğan, a.g.e., s.556.

<sup>69</sup> Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s.18.

<sup>70</sup> Erdoğan, a.g.e., s.556.

<sup>71</sup> Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s.17.

#### IV- EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

Emrin yerine getirilmesi nedeniyle suç teşkil eden bir fiil işlendiği takdirde sorumluluğun hukuki mahiyetinin ne olduğu konusunda doktrinde tartışmalar yapılmış ve bu konuda memurun sorumlu olmamasını kusurlu olmaması ile açıklayanlar yanında, cezalandırılabilmeğe emrin yerine getirmesinin tesir ettiğini ileri sürenler ve hukuka aykırılık unsurunun yokluğu ile izah edenlerde olmuştur. Biz emrin yerine getirilmesini hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edenlerin görüşüne katılıyoruz. Aşağıda amirin emir vermesi halinde memurun verilen emri kontrol hakkının bulunup bulunmadığını, kontrol hakkı varsa bu kontrolün sınırının ne olduğunu, memurun kanuna aykırı ve hatta suç teşkil eden emirleri yerine getirip getiremeyeceğini açıklayan teorileri ve mevzuatımızın hangi teoriyi kabul ettiğini kısaca açıklamaya çalışacağız.

##### A- MUTLAK (PASİF) İTAAT TEORİSİ

Memurun amiri tarafından verilen her emri kayıtsız ve şartsız yerine getirmek zorunda olduğunu, emrin kanuna uygun olup olmadığını araştırma hak ve yükümlülüğünün bulunmadığını savunan görüştür. Kralın her sözünün kanun kabul edildiği mutlak krallık dönemlerinde ortaya çıkmıştır. Bu görüşe göre, memurun amirin emrini yerine getirmemesi kralın iradesine karşı gelmesi demektir ve suç teşkil eder. Bu görüş Carmignani tarafından ileri sürülmüş ve Nicolini tarafından savunulmuştur.<sup>72</sup>

Nicolini'ye göre: “Meşru makamlar tarafından bir hususun icrası için emir alan zabıta memurları, o emrin haklı olup olmadığını düşünmek suretiyle yerine getirmesini erteleyemezler. Bütün sorumluluk emredene aittir. Zabıta memurları esasen itaat ile yükümlüdürler. Rütbe sırası itibariyle, itaate mecbur olduğu bir makam tarafından gerek

<sup>72</sup> Günal, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s.101.



keyfi, gerek kanuna aykırı olarak verilmiş bir emre itaatten kaçınmak gerçekte suç teşkil eder.”<sup>73</sup>

Hauriou’da, memurun üstünün emirlerini mutlak bir itaatle yerine getirmek zorunda olduğu fikrindedir. Çünkü itaat olmaksızın hiyerarşi, hiyerarşi olmaksızın devlet var olamaz. Aksi düşünce devlette anarşi doğurur.<sup>74</sup>

Modern devlet anlayışına aykırı olan ve memuru bir otomatik makine amirinin emrine körü körüne itaatle yükümlü sayan bu görüş şiddetle eleştirilmiş ve denmiştir ki; insan maddi bir vasıta bir alet derecesine indirilemez. Belki askeri idarede bu teori nazara alınabilir ancak teori modern ceza hukuki ilkelerine aykırıdır. Roma Hukukunda ve feodal dönemlerde böyle bir görüş geçerli olabilir. Amir de insandır. O nedenle bazen yanılabilir. Fakat ast yanılmamış olabilir. Pasif itaatte bu durum çözümsüz kalmaktadır.<sup>75</sup>

Teoriyi ümanist doktrin açısından eleştiren Erem ise: “Pasif itaat insanca değildir. Hayvan ile insan arasında itaat bakımından bir fark olması lazımdır. Memurun insan tarafını üstün bilmek gereklidir. İdare hukukunu insandan makine saymak yanlıştır. Bir makine hata ederse önemine göre bir felaket doğurabilir. Memur insandan ise bir şeyler beklenmektedir. Bir hayvanın itaati onun ölümünü göze almasına kadar ileri götürülemez. İnsan için bu daima mümkün olabilmiştir. O halde pasif itaati insana yakıştırmamak insana inanmak demektir. Diğer taraftan memuru yalnız emri icra eden saymak hatalıdır. Kanun memurda idareye şuurlu bir iştirakçi niteliği görür. Esasen çok kere uygulamaya daha yakın olan memurun, amirin görmediği bazı hususları görmüş olması mümkündür.” demektedir. Yine “Emir mazeretinin kurtarıcılığına ümit bağlamak, astlar için suç işlemeyi önleyen sebepleri ortadan kaldırmaktadır. Büyük katliamlarda, “insanlığa karşı suç sayılan en ünlü olaylarda daima bu mazerete

<sup>73</sup> Majno, **a.g.e.**, s.209.

<sup>74</sup> Les idées de M. Duguit , s.7 ; *Precis de Droit Administratif* 11. basım, s.50, n.2, zikreden Hakkı DEMİREL, “Emrin İcrası Nedeniyle İşlenen Suçlar”, **A.Ü.H.F.D.**, c.7, sy.1-4, 1950, s.116.

<sup>75</sup> Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s.102.

sıgınılmıştır.” diyerek uluslararası hukukta emri icra mazeretinin kabul edilmesi halinde meydana gelecek sakıncalara değinmektedir.<sup>76</sup>

## B- ŞEKLİ KONTROL TEORİSİ

Bu görüş taraftarlarına göre memur yetkili bir amirin yetkisi dahilinde ve astın kendi görev ve yetki alanına giren bir emri yerine getirmelidir. Memurun emrin içeriğini kontrol mecburiyeti yoktur. Şekil açısından gerekli şartları bulunan emri yerine getiren memurun bir sorumluluğu yoktur. Şekli şartları eksik olan emri yerine getiren memurun hukuki ve cezai sorumluluğu vardır. Şayet memur şartları tamam olan bir emri şartları eksik diyerek yerine getirmemişse disiplin cezası ile cezalandırılır.<sup>77</sup>

Teori amirin kanuna aykırı olduğunu bilerek kanunsuz emir vermesi, memurun da emrin kanuna aykırı olduğunu bilerek yerine getirmesini dikkate almadığı için eleştirilmektedir. Gerçekten amir keyfi olarak kanunsuz bir emir verebilir memurda şekil şartları tamam olan, şeklen kanuna uygun ancak içerik olarak kanuna aykırı emri yerine getirebilir. Bu durumda suç teşkil eden bir fiil kamusal memur eliyle işlenmiş olacaktır. Memur ya da amir kendilerine yasayla verilen yetkilerini kullanarak yasaya aykırı fiil işlemektedirler. Memura, emri şekli olarak kontrol yetkisi yanında emri kanuna uygunluk açısından da inceleme yetkisi verilmelidir.

Hukuk devletinde sırf idari işlemlerde belli şekil koşulları yerine getirildi diye kanunsuz bir emrin yerine getirilmesi beklenemez. Aksi takdirde meşru olmayan emirlerin yerine getirilmesi suretiyle hukuk devleti ilkesinden uzaklaşmış olur.

<sup>76</sup> Faruk EREM, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c.2, 12. basım, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s.13-14.

<sup>77</sup> Benedicenti, Limiti Guiridici del Dovere di Obbedienza dell Inferiore Gerarchio, in Archivio Giuridicio, Luglio ,1932, C. CXVIII.Fasc. I, ss, 26 vd, zikreden Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.104.

### C- İÇERİK İTİBARIYLA KONTROL TEORİSİ

Verilen emrin kanuna uygunluğunun memur tarafından hem şekil hem de muhteva itibariyle kontrol edilmesi gerektiğini savunur. Emrin muhteva itibariyle kontrol edilmeden yerine getirilmesi halinde bir suç işlendiği takdirde memur da amirle birlikte sorumlu olur. Bu itibarla mutlak itaat teorisinin zıddı bir görüştür.

Bu görüşte; her memurun üstünün emirlerini kanuna uygun ise yerine getireceği, kanuna aykırı ise yerine getirmeyeceği kabul edilecek olursa, her memurun verilen emrin kanuniliğini amirle münakaşaya kalkışacağı, bunun sonucu olarak hükümetin idaresinin mümkün olmayacağı,<sup>78</sup> devlet mekanizması içinde anarşi doğabileceği, hiyerarşinin bozulacağı, emrin kanuna uygunluğu konusunda son sözü en alt seviyedeki memurun söyleyeceği böylece devlet organizasyonunun bozulacağı<sup>79</sup> düşünceleriyle eleştirilmiştir.

Bu görüş savunucularına göre: “Kanuna aykırı bir emrin yerine getirilmesinin bazı hizmetler bakımından dahi mazeret sayılması kabul edilmez. Çünkü kanunun kendisine aykırı olan bir emre mazeret etkisi tanınması hukuken mümkün değildir. Bu hukuka değil siyasete üstünlük tanımak olur.”<sup>80</sup> Emri yerine getirecek kimse biri kanundan diğeri idari tasarruftan kaynaklanan iki zıt emirle karşı karşıya kalsa kanuni olana üstünlük tanımak zorundadır. Çünkü memur kanuna uygun olan emirlere itaatle yükümlüdür. Kanuna aykırı olan emre itaat etmemelidir.<sup>81</sup> Buna karşılık “Kanun hukuk düzeni içerisinde uyulması gereken bir üst norm ise de memur amirine hiyerarşik münasebet ile bağlıdır. Kanunu uygulamak ve yorumlamak memurun değil amirin yetkisi içindedir. Şayet emrin içerik açısından kontrolü kabul edecek olursa yasayı

<sup>78</sup> R. Garrand, Traite de Droit Penal Francais, c II., s.59, zikreden Demirel, **a.g.e.**, s.117.

<sup>79</sup> Benedicenti **a.g.e.**, s.73 vd, zikreden Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.106.

<sup>80</sup> Andrea, A. Leslimites de la force exécutoire de l'ordre du supérieur en droit militaire 1969 VIII s.116 , zikreden Erem, **a.g.e.**, c.2, s.14.

<sup>81</sup> Galateria, Luigi, Teoria Giuridica degli Ordini Amministrativi, Milano, 1950, s.195, zikreden Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.107.

bizzat uygulayan, yorumlayan memur olacaktır. Emri yerine getirmesi gereken pasif süje, kanunu yorumlamış olacaktır. Bu ise hiyerarşiye aykırıdır.” denmiştir.<sup>82</sup>

#### D- İTİRAZ ( EMRİN TEKRARI) TEORİSİ

Amir tarafından verilen emrin kanuna aykırı olduğu kanaatinde olan memur bu aykırılığı amirine bildirir. Amir emrin meşru olduğu kanaatinde ise emri yazılı olarak tekrarlar. Memurda emir yazılı olarak tekrarlanınca emri yerine getirmek zorundadır. Memur kanuna aykırı gördüğü emrin kanuna aykırı gördüğü noktalarını amirine bildirmekle görevini yerine getirmiş olur. Amir de verdiği emrin kanuna uygun olup olmadığını bir daha kontrol etmiş olur. Bu sebeple emir verirken daha dikkatli davranmış olur.<sup>83</sup>

Bu teoride eleştirilmiş ve denmiştir ki: “Teori mutlak itaat teorisine benzemektedir. Memur amirin ikinci kez yazıyla tekrarladığı emrine uyunca kanun adeta amirin emri ile değişmektedir. Hukuk devletinde yasalar ancak yasayla değiştirilir. İdari bir tasarruf ve emirle yasa değiştirilemez. Tekrar edilen emirden sonra memuru disiplin cezasından kurtarabilir ama cezai ve hukuki sorumluluktan kurtaramaz.”<sup>84</sup> Bettiol tarafından, itiraz sistemi acele işlerde uygulamada güçlükler meydana getireceğinden dolayı eleştirilmiştir.<sup>85</sup> Teori memurun amirden uygulamayı daha iyi bildiği hallerde geçerli olabilir.

#### E- KANUNA AÇIKÇA AYKIRI EMRİN YERİNE GETİRİLMEMESİ TEORİSİ

Memur açıkça kanuna aykırı olan emirleri yerine getirmemelidir. Verilen emrin yerine getirilmesi sonucu ortaya çıkan suç, ağır bir suç ise, yerine getirilmemeli, hafif

<sup>82</sup> Galateria , **a.g.e.**, s.198, zikreden Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.107.

<sup>83</sup> Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.108.

<sup>84</sup> Benedicenti, **a.g.e.**, s.75-76, zikreden Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.108.

<sup>85</sup> Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.109.

bir suç teşkil ediyorsa, yerine getirilmelidir. Çünkü ağır suçlarda emrin gayrı meşru olduğu açıkça bellidir. Bu ayırım suçları ağır ve hafif suçlar olarak ayırmanın zorluğu nedeniyle eleştirilmiştir.<sup>86</sup> Gerçekten suçların ağır veya hafifliği kişiden kişiye değişebilen bir kavramdır. Kimilerine göre ağır kabul edilen suç bazılarına göre hafiftir.

#### F- EMRİ YERİNE GETİREN MEMURA GÖRE ŞEKLİ VEYA İÇERİĞİ KONTROL HAKKI TANIYAN TEORİ

Bu teoriye göre emri yerine getiren memur karar veren konumunda ise, emrin hem şeklen, hem de içerik itibarıyla kanuna aykırı olup olmadığını kontrol hakkına sahiptir. Sadece uygulayıcı konumunda olan memurlar ise, emrin şeklen kanuna uygun olup olmadığını kontrol edebilirler. O nedenle yetkisiz bir amir tarafından verilen, esaslı şekil şartları eksik olan, idarenin gayesine aykırı olan emirler yerine getirilmez.<sup>87</sup>

#### G- YARGICA TAKDİR HAKKI TANIYAN TEORİ

Kendisine geniş takdir hakkı verilen yargıç, sorumluluğu ve verilen emrin yerine getirilip getirilmeyeceğini belirler. Bunu belirlerken amirin yetkili olup olmadığına, emrin usulüne göre verilip verilmediğine bakar.<sup>88</sup> İdare hukukunda verilen her emrin ve her idari işlemin yargıç tarafından belirlenmesi idari yargıcın işini bir hayli güçleştirir ve arttırır. Yargı organları da yerindelik denetiminde bulunamazlar. Yani idari işlemlerin uygun olup olmadığını denetleyemezler; sadece hukuki şartların yerinde olup olmadığını kontrol ederler. Yargıca emrin yerine getirilip getirilmeyeceği konusunda takdir hakkı tanımak idarenin işlemlerinin yargı tarafından yerine getirilmesi anlamına gelir ki, bu da kuvvetler ayrılığı ilkesine ters düşer.

<sup>86</sup> Massari .E, Le Dottrine Generali Del Dritto Penale Napoli 1930, s.78 zikreden Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.110.

<sup>87</sup> Benedicenti, **a.g.e.**, s.93 zikreden Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.109.

<sup>88</sup> Benedicenti, **a.g.e.**, s.86 zikreden Günel **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.110.

## H- MEVZUATIMIZIN KABUL ETTİĞİ TEORİ VE GÜNÜMÜZ HUKUKUNDAKİ DURUM

Mevzuatımız amirin emrini kontrol hakkı konusunda itiraz veya emrin tekrarı teorisi ile şekil ve içerik itibariyle kontrol teorilerini kabul etmiştir. Gerçekten 1982 A.Y.'sının 137. maddesi; kamu hizmetlerinde çalışan kimsenin üstünden aldığı emri yönetmelik, tüzük, kanun ve anayasa hükümlerine aykırı gördüğü takdirde emri yerine getirmeyeceğine, üstün emri yazılı olarak tekrarladığı takdirde emrin yerine getirileceğine dair hüküm içermektedir. Yine aynı maddede konusu suç teşkil eden emrin hiçbir şekilde yerine getirilemeyeceğinden bahsedildiğinden emrin şeklen ve içerik olarak kontrolü teorisi de kabul edilmiştir. Kamu görevlisi emri şekil ve içerik olarak kontrol etmelidir ki, emrin suç teşkil edip etmediğini anlayabilirsın.

657 sy D.M.K.'nın 11. maddesi de Anayasa ile aynı hükümleri içermektedir. Yasaya göre konusu suç teşkil eden emirler yerine getirilmez. Verilen emir kanun, tüzük, yönetmelik hükümlerine aykırı görülürse aykırılıktan emir veren haberdar edilir. Emirde ısrar edilirse ve yazı ile emir tekrarlanırsa emir yerine getirilir.

T.C.K.'muzun 49. maddesin emrin yetkili bir merciden verilmesini, emrin kanuna aykırı olmaması şartlarını aramıştır. Memur emrin yetkili merci tarafından verilip verilmediğini ve emrin kendi görevi içerisine giren, yerine getirmesi zorunlu bir emir olup olmadığını incelemelidir. Bu da emrin şeklen kanuna uygunluğunun kontrolü demektir. Maddenin son fıkrasında emrin hilafı kanun olmaması da üçüncü bir şart olarak kabul edilmiştir. Emrin kanuna aykırı olup olmadığının araştırılması da emrin içerik olarak kanuna uygunluğunun araştırılması anlamına gelir.

T.C.K. yapılacak kontrolün sınırlarının ne olacağını belirlememiştir. Anayasa ve 657 sy. D.M.K. bu kontrolün sınırlarının ne olacağını ve memurun yapacağı kontrole göre nasıl sorumluluktan kurtulacağını düzenlemiştir. Suç teşkil eden fiiller yerine getirilmeyecektir. Gerçi T.C.K.'nın 49. maddesi kanuna aykırı olan emrin yerine

getirilmesi halinde cezanın amire verileceğinden bahsetmekte ve A.Y. ile T.C.K.'nın 49. maddenin birbiriyle çelişkili hükümler içerdiği düşünülebilmekte ise de bu hükümlerin birbiriyle çelişmediği ve birbirini tamamladığı sonucuna ulaşılabilecektir. Bu konu ileride sorumluluk bahsinde inceleneceğinden ayrıntısına girilmeyecektir.

Emri yerine getirecek olan memur verilen emrin kanuna uygunluğunu hem şeklen hem de içerik olarak kontrol etmelidir. Hukuk devletinde mevzuata öncelikle kamu görevlileri uymalıdır. Emrin kanuna uygunluğunun kontrolü hem biçim hem de içerik açısından yapılır. Şeklen kanuna uygun olan bir emir içerik olarak kanuna uygun olmayabilir. Hatta suç teşkil edebilir. Şekli kontrol o nedenle yeterli değildir. Şeklen kontrol sonucu kanuna uygun olduğu için yerine getirilen emir kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı olabilir ve emrin yerine getirilmesi sonucu bir zarar doğabilir veya suç işlenmiş olabilir. O nedenle kamusal memur verilen emrin kanuna uygunluğunu hem şekil hem de içerik olarak incelemelidir.

Şayet memur emrin kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu kanaatine varırsa durumu amirine bildirmelidir. Amir emrinde ısrar eder ve verdiği emri yazı ile yinelerse emir yerine getirilmelidir. Bu durumda sorumluluk emri yazılı olarak tekrarlayan amire ait olmalıdır. Çünkü memur amirini durumdan haberdar etmekle üzerine düşen vazifeyi yerine getirmiş olmaktadır. Emir bir suç teşkil ediyorsa o zaman emri memur hiçbir şekilde yerine getirmemelidir. Yerine getirirse hem amir hem de memur sorumlu olmalıdır. Hukuk devletinde hiçbir kamu görevlisi amirinin emrini yerine getirdim diyerek sorumluluktan kurtulamamalıdır. Aksi düşüncenin kabulü kamuya olan güveni sarsacaktır.

Mutlak itaat prensibinin geçerli olduğu askeri şahıslar bakımından da emir hem şekle uygunluk hem de içerik açısından kontrol edilmelidir. Yani askeri şahıslarda diğer kamusal memurlar gibi emrin kanuna uygunluğunu hem şekil olarak hem de içerik olarak kontrol edebilmelidir. Hukuk devletinde devletin bütün kurum ve organları bütün makam ve memurları konulan kurallar ile bağlı olmalıdırlar. Askeri hizmetin niteliği

gereği emrin şekil olarak kanuna uygunluğunu araştırma yükümlülüğü kabul edilmiş içerik açısından araştırma hak ve yükümlülüğü kabul edilmemiş ise de askeri şahısları basit bir araç olarak kabul etmek yanlıştır. Disiplin ayrıdır. Hukuka aykırı olan emirleri yerine getirmemek ayrıdır. Disiplin ve katı hiyerarşiyi sağlamak amacıyla kanuna aykırı olan emirlerin ast tarafından yerine getirilmesini beklemek doğru değildir. Bu durum verilen emrin suç teşkil ettiği hallerde daha bariz bir şekilde ortaya çıkar. Verilen emir bir suç teşkil ediyor ise ast tarafından hiçbir şekilde yerine getirilmemelidir. Yerine getirilirse hem amir hem de ast sorumlu olmalıdır. Askeri disiplin suç işlenmesini emreden emirlere itaat şeklinde anlaşılmamalıdır. Disiplini sağlamak amacıyla astın hizmete ilişkin olarak verilen emirleri mutlak itaatle yerine getirmesini beklemek hukuk devleti ilkesine aykırıdır.



## II . BÖLÜM

### TÜRK CEZA HUKUKUNDA EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ŞARTLARI

Emrin yerine getirmesinin hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için yetkili bir mercii tarafından verilmiş, yerine getirmesi görev icabı zorunlu olan ve kanuna uygun bir emir olması gerekir. Emir verme yetkisine sahip resmi bir makam tarafından verilmiş emrin, memur tarafından yerine getirilme zorunluluğu olmalı ve emir kanunun aradığı şekil ve içerik koşullarını taşımalıdır. Aşağıda T.C.K. ve P.V.S.K. ve As.C.K. açısından emrin yerine getirilmesinin şartları incelenmiştir.

#### I-EMRİN YETKİLİ MERCİİ TARAFINDAN VERİLMİŞ OLMASI

##### A-AMİR- ÜST KAVRAMI

T.C.K.’nın 49. maddesi “selahiyettar bir merciden verilen emirden” bahsetmektedir. Emri veren makam yetkili bir makam olmalıdır. Maddenin son fıkrasında: “Merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürüme mürettip ceza emri veren amire hükmolunur.” denilerek yetkili makamın amir olduğu vurgulanmıştır. Burada bir kamu hukuku ilişkisi söz konusudur. Yetkili mercii bir resmi makam olmalıdır. Özel hukuk alanındaki itaat yükümlülüğü amirin emrine itaat olarak kabul edilemez. Bu anlamda çocuğun babaya, işçinin işverene itaati, ortada bir kamu otoritesi bulunmadığından yetkili merciin emrini yerine getirmek olarak değerlendirilemez.<sup>89</sup> Dolayısıyla bu durumlarda verilen emirlerin yerine getirilmesi halinde emri icra mazeretinden faydalanılamaz. Doktrinde hürmet ve korkudan

<sup>89</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2., s.85; Günal, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s.65-66. Doktrinde karının kocaya itaati özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan itaata örnek olarak verilmekte iken Medeni Kanunda yapılan değişiklikle aile reisinin koca olduğuna dair hükümde değişiklik yapılarak karının itaat görevi ortadan kaldırılmıştır.

kaynaklanan emirler nedeniyle suç işlenmesi halinde hafifletici sebepten istifade edilebileceği savunuluyorsa da biz aynı kanaatte değiliz. Aksi taktirde patronun ya da bir mafya babasının verdiği emir üzerine suç işleyen kişinin indirim sebebinden faydalandırılması sonucu ortaya çıkar ki, bu adaletsiz bir durum olur.

Amir, emretmek yetkisine sahip olan kimsedir. T.S.K.İç Hiz.K.'nın 9. maddesiyle As.C.K.'nın 13. maddesi amiri “makam ve mevki itibari ile emretmek selâhiyetini haiz kişi” olarak tanımlamaktadır.<sup>90</sup> Amirin en önemli özelliği emretmek yetkisine sahip olmasıdır. Amirin kim olduğu ve hangi makamların emir verebilecekleri mevzuata göre belirlenmiştir. Amirle memur arasında “meratip silsilesi” denilen hiyerarşik bir bağ mevcuttur. Amir kamu hizmetini hiyerarşi içinde verdiği emirler ile memurlar aracılığıyla yerine getirir. Hiyerarşi, amire emir verme yetkisi yanında emri takip ve kontrol etme, denetleme, takdir edip ödüllendirme, nezaret etme, sicil verme ve disiplin cezası verme yetkilerini tanır.<sup>91</sup>

Amirlik bir kadroya atanma suretiyle kazanılabileceği gibi o kadroda ki amirin görevden geçici veya sürekli olarak ölüm, hastalık, izin gibi sebeplerle ayrılması halinde onun yerine vekaleten bakılma halinde de kazanılabilir. Askerlikte ise olağanüstü durumlarda amirlik sıfatı kendiliğinden komutayı almak suretiyle de kazanılabilir. Bir savaş halinde askeri birliğin komutanının ölmesi durumunda emir komutayı ondan sonra gelen üstün alması gibi.

Amirin emir verdiği kimse ile arasında bir ast üst ilişkisi olması gerekir. Eşit derecede ki şahıslardan biri diğer tarafa emir verirse bu durumda amir bulunmadığından amirin emrini yerine getirme de söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle eşitler arasında amirin emrini yerine getirmeden bahsedilemez.

<sup>90</sup> İsmet POLATCAN, **Notlu Açıklamalı İçtihatlı T.S.K. İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu**, Bayrak Yayıncılık, İstanbul, 1990, s.26, 311.

<sup>91</sup> Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, c.2, 3. baskı, İstanbul, 1966, s.600; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetim Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983, s.203.

Amir sadece kendi kurumu içinde bulunan astlara emir vermez. Mevzuatın kendisine yetki verdiği durumlarda başka kurumlardaki ast ve memurlara da emir verme yetkisine sahiptir. İl İdaresi Kanununun 11/D maddesine göre; “Vali olağanüstü hallerde kolluk kuvveti ile bastırılmayacak olaylarda en yakın kuvvet komutanından yardım ister. Bu durumda askeri birlikler bu talebi yerine getirir. Valinin amir olarak verdiği emirleri birlik komutanı yerine getirir.”<sup>92</sup>

Askeri mevzuata göre emir verme yetkisine sadece amir değil üst de sahiptir. T.S.K. İç Hiz.K.’nın 10. maddesine göre: “Üst rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir.” Rütbe, T.S.K. Personel Kanununun 3/a bendine göre: “Subayların ve astsubayların ilk subaylığa ve astsubaylığa başlamada ve bekleme süreleri sonunda kazandıkları askeri unvanlardır.” Kıdem ise aynı yasanın 3/c bendine göre: “belli bir rütbeye atanma tarihinden itibaren o rütbede hizmet süreleri veya aynı tarihte atananlar arasında yeterlilik bakımından üstünlük sırasındır.”

Bazen de bir kamu görevlisi olmayan özel şahıslar amirin emrini yerine getirme durumunda kalabilirler. Bu halde de ortada bir kamu hukuku, ast üst ilişkisi vardır. Ancak ast konumunda olan kamu görevlisi değil özel şahıslardır. 6831 sy Orman Yasasının 74. maddesine göre orman yangınları sırasında kamu görevlileri yanında özel şahıslarında yangında görev alması ve verilen emirleri yerine getirmeleri zorunludur. Aksine hareket para cezası müeyyidesini gerektirir.

Amirin mevzuatın verdiği yetki dahilinde emir vermesi zorunludur. Yetkisi dahilinde olmayan bir konuda verilen emir geçerli bir emir değildir. Emri yerine getirenin bu durumda amirin emrini yerine getirdiği söylenemez. Çünkü ortada bir yetkili merci yoktur. Yetkisi olmayan bir konuda emir veren amir de yasal yetkisini aştığı için sorumlu olur. Örneğin tutuklama kararı vermek yetkisi yargıca aittir (C.M.U.K m.104 vd.). Yargıç dışında bu yetki başka bir kimse ya da makam tarafından

<sup>92</sup> Daha fazla bilgi için bkz. Sait GÜRAN, “Genel İdari Zabıta Faaliyetlerinde Askeri Kuvvetlere Başvurulması”, **Amme İdaresi Dergisi**, c.3, 1970, s.76 vd.

kullanılamaz. Yargıç dışında bir kimsenin verdiği tutuklama müzekkeresini de hiçbir zabıta memuru yerine getiremez. Kısacası tutuklama konusunda yetkili merci yargılama makamıdır.<sup>93</sup>

Amir Türk merci olmalıdır. Yabancı bir amirin emri ancak her iki ülke arasında anlaşma varsa geçerlilik kazanabilir.<sup>94</sup> NATO Antlaşması çerçevesinde yabancı bir kuvvet komutanının emrinin yerine getirilmesi buna örnek olarak verilebilir.

## B- MEMUR KAVRAMI

Yetkili merciin emrini yerini getirmede amir, kamu hizmetini yetkili memurlar aracılığıyla gördürür. Amir, yasa ile kamu hizmetini gören memur arasında emir, talimat, genelge gibi tasarruflarda bulunarak, hizmeti kendi anlayışına göre gördürür. Yani memur; “kanunu amirin görüş ve anlayışına göre, onun emir ve talimatları doğrultusunda yerine getiren bir vasıttır.”<sup>95</sup> 657 sy. D.M.K.’nın 4/A maddesi memuru: “Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirme ile görevlendirilenler bu kanunun uygulanmasında memur sayılır. Yukarıda tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlarda memur sayılır.” diyerek tanımlamıştır. Buradan memurların devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde kamu hizmeti gören asli ve sürekli görevliler olduğu sonucu çıkarılabilir.

Memurluk mesleği devlet memurlarına bazı ödev ve yükümlülükler getirir. Devlet memurları kendilerine verilen görevleri kesintisiz biçimde ve hizmetin gereğine uygun olarak yerine getirmek zorundadırlar. Görevlerini yaparken yasalara saygılı olma,

<sup>93</sup> Erdoğan, a.g.e., s.542; Tevfik ARASLI, **Emir ve Yapılmasından Doğacak Sorunun Kime Ait Olacağı**, 2. baskı, Doğu Matbaası, Ankara, 1952, s.16.

<sup>94</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., c.2, s.85; Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s.69.

<sup>95</sup> Onar, a.g.e., s.598.

tarafsız olma, üstlerinin emir ve talimatlarına uymak zorundadırlar.<sup>96</sup> Gerçekten 657. sy D.M.K. 11/1. maddesi: “Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmelikte belirtilen esaslara uymakta ve amirler tarafından verilen emirleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerini iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.” hükmünü içermektedir.

T.C.K.’nın 279. maddesi,<sup>97</sup> Ceza Kanununun uygulamasında memuru; yasama, yürütme ve yargı faaliyetinde kamu görevi gören, devlet yada diğer kamu kurumlarında çalışan kimseler olarak tanımladığı gibi ücretli veya ücretsiz, isteğe bağlı yada zorunlu olarak yasama, yürütme, yargı faaliyetinde kamu görevi yapan kimseleri de memur saymıştır. Maddeye göre kamu görevi ve kamu hizmeti ayrımı yapılmıştır. Kamu görevi yapanlar memur sayılırken kamu hizmeti görenler ise memur kapsamına alınmamıştır. Kamu görevi ve kamu hizmeti ayrımında da devletin asıl görevi olan yasama, yürütme, yargı faaliyetinde yer alan işler kamu görevi sayılırken bu asıl görevlerin yerine getirilmediği faaliyetlerde kamu hizmeti sayılmaktadır. Buna göre idare hukukundaki memur kavramı ile ceza hukukundaki memur kavramının farklı olduğu sonucuna varılır. T.C.K. açısından memur tanımı memuriyetin suçun unsurunu sayıldığı ve mağdurun memur olduğu suçlarda ceza artırımı açısından önemlidir. O nedenle T.C.K.’nın 49. maddesindeki emri yerine getiren memurun tanımına 279. maddedeki memur tanımıyla varmak doğru olabilirse de kanımızca emri yerine getiren memuru 657 sy D.M.K. anlamında memur olarak kabul etmek gerekir. Çünkü bazı yazarlarca T.C.K.daki memur tanımını 657 sy D.M.K.’nından daha geniş olduğu savunuluyorsa da bu fikir bir açıdan doğru bir başka açıdan yanlıştır. Tanık, bilirkişi ve tercümanlar ceza kanunu

<sup>96</sup> Ayrıntılı Bilgi İçin bkz. Gözübüyük, **a.g.e.**, s.116 vd.; Onar, **a.g.e.**, s.1170.

<sup>97</sup> T.C.K madde 279: “ Ceza Kanunun Tatbikatında;

- 1- Devamlı veya muvakkat suretle, teşrii, idari veya adli bir amme vazifesini gören devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri müstahdemleri
- 2- Devamlı veya muvakkat ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza kanunun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar

- 1- Devamlı ve muvakkat surette bir amme sureti gören devlet veya diğer amme müessesesinin memur veya müstahdemleri
- 2- Devamlı yada muvakkat ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme vazifesi gören kimselerdir.”

açısından memur sayıldıkları halde ki bu kimselerle devlet arasında bir kamu hukuku ilişkisi ve hiyerarşik bir bağ bulunmamasına rağmen kamu idaresinde ücretli olarak çalışan odacı, kapıcı, kaloriferci, şoför, aşçı, itfaiye eri gibi çalışanlar memur sayılmamaktadır.<sup>98</sup> O nedenle T.C.K.'nın 49. maddesindeki memur kavramı denilince amir ile arasında bir kamu hukuku ilişkisi bulunan, amire hiyerarşik bir bağ ile bağlı olan, geniş anlamda bir kamu personelinin anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

### C- MEMURLA AMİR ARASINDAKİ HİYERARŞİK BAĞ

Hiyerarşi bir kurum içinde çalışmakta olan kimselerden astı üste bağlayan bir bağıdır. Hiyerarşi gereği merkeze bağlı olan memur kanunu kendi anlayışına göre tatbik edemez. Memur, kanunu amirin görüş ve anlayışına göre, amirin emir ve direktifleriyle uygulayan bir icra organıdır. Memur, kanunu amirin emir ve talimat gibi tasarruflarına göre tatbik etmek durumundadır.<sup>99</sup>

Acaba memur amirin emrini yerine getirirken verilen her emri yerine getirmek zorunda mıdır? Verilen emir yasaya aykırı ve keyfi bir emir ise ya da emir bir suç teşkil ediyorsa amire körü körüne itaat edip emri yerine getirecek midir? Aynı zamanda yasalara saygılı olmakla yükümlü olan memur yasaya aykırı olan emirleri yerine getirmez ise amirin yetkisi dahilinde olan disiplin cezası verme, atama, başka bir yere tayin etme gibi yetkileri karşısında nasıl davranacaktır?

Hiyerarşi bir piramit şeklinde en üstte bulunan amir ile en alt tabakada bulunan memur arasında aşamalar şeklindeki bir bağıdır. Hiyerarşinin içinde tabiyet söz konusu değildir. Tabiyet söz konusu olduğunda memurun amirinin verdiği her emri yerine getirmesi zorunludur. Oysa modern devletlerde hukukun üstünlüğü ilkesi geçerli olduğu için memuru verilen her emri yerin getiren bir makine olarak kabul etmek mümkün

<sup>98</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için Erol ÇETİN, **Açıklamalı, İctihatlı, Hakaret ve Sövme Suçları**, Özel Matbaası, Ankara, 2001; Osman YAŞAR, **Uygulama ve Öğretide Asliye Ceza Davaları**, Adil Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1994, 279. madde altındaki açıklamalar.

<sup>99</sup> Hiyerarşi kavramı hakkında geniş bilgi için bakınız. Onar, **a.g.e.**, s.598.

değildir. Hukuk devletinde mutlak itaat prensibi geçerli değildir. Ancak mutlak yönetimlerde kralın ve imparatorun iradesi her yerde ve konuda hakim olduğundan verilen emre itaat zorunlu idi. Modern devlette ise hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleri geçerli olduğu için memurun verilen her emri yerine getirmesi beklenemez. O bakımdan emrin yerine getirilmesinde geçerli olan teorilerden emrin şekil ve içerik açısından memur tarafından kontrolü ve suç teşkil eden emirlerin hiçbir şekilde yerine getirilmemesi, mevzuata aykırı olan emirlerin ise amir tarafından yazılı olarak tekrarı halinde emrin yerine getirilmesini savunan karma görüşe katılıyoruz. Çünkü insan haklarının milli devletlerin bir iç meselesi olmaktan çıktığı, vatandaşların temel haklarının tabi oldukları devlet tarafından ihlali önleyecek mekanizmaların kurulduğu hatta ve hatta soykırım suçları için uluslararası daimi ceza mahkemelerinin kurulduğu düşünülürse devlette çalışan bir kamu görevlisinin yasaya aykırı bir emri yerine getirmek suretiyle bir hak ihlaline neden olması ve sırf emri yerine getirmek zorunda olması nedeniyle sorumluluktan kurtulması günümüz hukuk anlayışına ve hukukun temel ilkelerine tamamen aykırıdır.

Bu anlamda amirin kendi görev alanına girmeyen şahsi işleri dolayısıyla verdiği emirlerin yerine getirilmesi halinde de hukuka uygunluk nedenlerinden istifade etmek ve sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir. Geçtiğimiz aylarda Antalya’da bir rütbeli askeri şahsın emrindeki askerlere emir ve talimat vererek kredi talebini karşılamayan bankaya ateş ettirerek maddi hasar vermesi olayında amirin tamamen kişisel, kamu göreviyle ilgisi olmayan ve aynı zamanda suç teşkil eden bir emrinin yerine getirilmesi söz konusudur ve cezai müeyyideyi gerektirir.

Mevzuatımızda hiyerarşinin açık bir şekilde tarifi yapılmamakla birlikte Anayasanın 112., 123., 126. ve 128. maddelerinden hiyerarşinin varlığı hakkında bir sonuç çıkarmak mümkündür. Ayrıca 657 sy D.M.K.’nın 10 ve 11. maddesi hiyerarşinin varlığı ve sonuçlarını devlet memurlarının amirlerinin verdiği görevlerini yerine getirmekle yükümlü oldukları ve amirlerine karşı sorumlu oldukları hükümlerini getirmekle açıkça ortaya koymuştur.

Kamuda görev yapan her devlet memurunun bir hiyerarşiye tabi olmadığı özerk bir konumda olan hakimlerin hiyerarşiye tabi olmadığı yargı bağımsızlığı ilkesi gereği kabul edilmiştir. Dolayısıyla hakimler yasayı kendi anlayışlarına göre uygularlar. Gerçi uygulama sonucu verilen kararın Yargıtay tarafından denetlenmesi söz konusu ise de bu denetim yasanın ülke içinde her yerde aynı şekilde uygulanması amacıyla yapılan bir hukuka uygunluk denetimidir.

## II-BİR EMİRİN BULUNMASI

Emir, emir verme yetkisine sahip amir (üst) tarafından memura (asta) yöneltilmiş, bir hareketin yapılmasını veya yapılmamasını içeren irade beyanıdır. T.C.K. emir kavramını tanımlamamıştır.<sup>100</sup> T.S.K. İç Hiz.K. 8. maddesinde emri: “Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle yazıyla ve sair suretle ifadesi” olarak tanımlamıştır. Emir, Kamu hukuku alanına giren hallerde hukuka uygunluk sebebi olabilir. O nedenle emri verenle emri yerine getirecek arasında bir hiyerarşi bir tabiyet söz konusudur. Kamu hukuku ilişkisinden kaynaklanmayan emir hukuka uygunluk sebebi olamaz ise de bunun istisnası T.C.K.’nın 60. maddesinde yer alır. Maddenin düzenlemesine göre yöneten ile yönetilen arasında bir amir memur ilişkisi aranmaz. Yönetenin emri ile ve onun uyulmasını sağlamakla yükümlü olduğu hükümleri ihlal ederek yönetilen bir kabahat işlemişse; emri veren yöneten sorumludur. Yönetilenin sorumlu olması, yetkili merci tarafından uyarılmış olmasına bağlıdır. Başka deyişle bir kimse kendisine yapılan uyarıya rağmen yönetenin emri ile yönetenin yasal olarak uyulmasını sağlamakla yükümlü olduğu hükümlere aykırı davranarak bir kabahat işlerse hem yöneten hem de emri yerine getiren sorumlu olur. Örneğin baba tarafından verilen emri yerine getirerek bir kabahat suçunu işleyen çocuk ancak yetkili makamın uyarısına rağmen bu suçu işlerse baba ile birlikte sorumlu olur. Aksi takdirde sorumluluk sadece babanıdır.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> T.C.K. nın 183., 228., 232., 245., 257., 273. ve 332. maddeleri emirden bahsetmektedir.

<sup>101</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Vural SAVAS/ Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, c.1, Seçkin Yayınları, Ankara, 1994, s.859-861.



Emir kavramının içinde; üstünlük, tabiyet, zorunluluk yer almaktadır. Emir amirin açık bir şekilde iradesini gösterir. Emir karşısındakine bir davranış serbestisi tanımaz. Muhatabına belki bir şekilde davranma zorunluluğu getirir. Belli bir hareketle bulunmamayı gerektiren emirler bir yasağı içerir. Emrin bizzat emri yerine getirecek kimseye yönelmiş olması şart değildir. Başka bir şahıs aracılığıyla emri yerine getirecek olana iletilebilir.<sup>102</sup> Kısacası ast üstün istediği şekilde hareket etmek , kendisine bizzat ya da başkasının aracılığıyla yöneltilmiş olan üstünün iradesine uygun davranmak zorundadır. T.S.K. İç Hiz.K.'nın 14. maddesine göre: “ast amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere tam bir hürmet göstermeye amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde üstlerine mutlak surette itaate mecburdur. Ast, muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz, icradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.”

Emir genel olabileceği gibi özel de olabilir. Bir memura verilen emir özel bir emirdir. Bir bakan ya da genel müdürün yayınladığı genelge ise genel bir emirdir.<sup>103</sup>

Emirde iki taraf yer alır. Emrin bir tarafında emri veren amir, üst bulunurken, diğer tarafta emrin muhatabı memur bulunur. Amir emretme yetkisine sahip olan üst mercidir. Hiyerarşik olarak üstte yer alan amir tek kişi olabileceği gibi kişiler topluluğu da olabilir. Hiyerarşik ilişki sadece aynı kurumdaki kişiler arasında değil başka kurumlardaki görevliler arasında da olabilir.<sup>104</sup> Zabitanın suç işlenmesinden sonra başlayan adli görevleri sırasında Cumhuriyet Savcılarının taleplerini yerine getirmeleri buna örnektir. Bu hususta C.M.U.K.'nın 154/2 maddesi “zabıta makam ve memurlarının Cumhuriyet Savcılarının adliyeye ilişkin işlerde bütün emirlerini yerine getirmekle yükümlü olduklarını” açıkça belirtmiştir.

<sup>102</sup> Günal, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s.61.

<sup>103</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.85.

<sup>104</sup> Günal, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s.65 vd.

Emrin verilışı belli bir şekilde bağılı değildir. Yazılı olarak verilebileceğı gibi sözlü olarak ya da başka şekillerde de verilebilir. Ancak önemli ve karmaşık emirlerin yazılı olarak verilmesinde fayda vardır.

Emir, emri verenin yetkisi dahilinde olmalı yetkili kişi veya makam tarafından verilmelidir. Emir yetkili kişi tarafından verilmemişse ortada bir emirde yoktur. Aynı zamanda verilen emrin astın görevine giren bir konuda olması gerekir. Bir kimseye görevine girmeyen bir konuda emir verilemez. Astında görevine girmeyen konudaki emri yerine getirme zorunluluğı yoktur.<sup>105</sup>

Mevzuata aykırı olan emirde ise devlet memurları emrin aykırılığını amire bildirmek ve amirin emri yazı ile yinelemesi halinde yerine getirmekle yükümlü iken askeri şahıslar mutlak itaat prensibi gereğince suç teşkil etmeyen ancak mevzuata aykırı olan emirleri itirazsız yerine getirmek zorundadırlar.

Emri yerine getirmekle yükümlü kimseye birden çok amirin farklı ve birbiriyle çelişen emirler vermesi halinde ise memurun en üst rütbedeki amirin emrini yerine getirmesi gerekir. Çünkü hiyerarşik açıdan en üst rütbede olan piramidin en üstündeki amir daha alttaki amire emir vererek memura verdiği emri yerine getirebilir. Hiyerarşinin tabii sonucu da budur.

Askeri Ceza Mevzuatımızda emrin üniformayla verilmesi gerektiğı (T.S.K.İç Hz.K. 19. md., T.S.K.İç Hz.Yönt. 28. md.), emrin ast tarafından değiştirilemeyeceğı (T.S.K.İç Hz.K. 20. md.), emirlerin bir silsile takip edilerek verileceğı (T.S.K.İç Hz.Yönt. 20. md.), bir amirin verdiği emir yapılırken daha büyük bir amirden bu emre aykırı emir alınması (T.S.K.İç Hz.K. 22. md.), fesat ve isyan halinde üstün emir verme yetkisi (T.S.K.İç Hz.K. 23. md.), disipline aykırı halde her üstün müdahalede bulunmaya ve emir vermeye görevli olduğı (T.S.K.İç Hz.K. 24. md.), günlük emirler

<sup>105</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s.251; Nur CENTEL, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s.248; Artuk- Gökçen- Yenidünya, **a.g.e.**, s.510.

(T.S.K.İç Hz.Yönt. 35-40 md.lerinde), emre itaatsizlikte ısrar (As.C.K.'nın 87. md.de) astına hizmetle ilişkisi olmayan emirler verenlerin ve talepte bulunanların cezaları (As.C.K.'nın 108/2 md.sinde, Dis.Mah.K. 53. md.sinde) astına suç işlemek için emir verenlerin cezası (As.C.K.'nın 109. md.sinde) düzenlenmiştir.

Askeri Ceza Hukukunda emir, emir verme yetkisine sahip amir veya üst tarafından asta yöneltilen, bir hareketin yapılmasını veya yapılmamasını içeren hizmete ait bir taleptir. Emir, bir işin yapılmasına yönelik olabileceği gibi menfi olarak bir hareketin yapılmaması şeklinde olabilir. Nöbete gitmesi için asta emir verilmesi müspet yönde bir emre, elini cebinden çıkar, sokakta sigara içme şeklindeki emirler menfi emre örnektir. Emir askeri hizmetle ilgili olmalıdır. Hizmetle ilgili olmayan emirler ast tarafından yerine getirmek zorunda olunmayan emirlerdir. Hizmetle ilgili olmayan emirler veren amirler Dis.Mah.K.'nın 53. maddesine göre cezalandırılırlar. Hizmet kanun ve nizamlarda yazılan hususlardan ibarettir. Hizmetin emir haline gelebilmesi için bunun asta yazılı veya sözlü olarak bildirilmesi gerekir. Asta bildirilmeyen dolayısıyla emir haline getirilmeyen kanun ve nizamlarda yer alan hususlara aykırı davranılan hallerde disiplin suçu söz konusu olduğu halde, yazılı olarak asta bildirilen emirlere aykırı davranış halinde emre itaatsizlikte ısrar suçu oluşur.

Emir belli bir şekle bağlı değildir. Sözle, yazıyla veya el işareti gibi diğer suretlerle verilebilir. Emrin yazılı veya sözlü olarak verilmesinin takdiri amire aittir. O nedenle askerlikte sözle, işaretle verilen emirlerin yazılı olarak verilmesi istenemez. Amir kanun ve nizamlara aykırı olsa dahi yazılı emir vermeye zorlanamaz.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> İsmet POLATCAN, **Notlu- Açıklamalı- İçtihatlı Jandarma İdari ve Adli Kolluk Rehberi**, 1.baskı, İstanbul,1999, s.36-37.

### III-EMRİN BAĞLAYICI OLMASI

#### A- EMRİN YETKİLİ AMİR TARAFINDAN VERİLMİŞ OLMASI

Emir verenin resmi bir merci olması yanında, emir vermeye yetkili olması, verdiği emrin yetkisi dahilinde bulunması gerekir. T.C.K.'nın 49. maddesi; “selahiyettar bir merciden” demek suretiyle emredenin yetkili olmasını açıkça aramıştır. Esas itibariyle amirin emir vermeye yetkili bir kişi veya heyet olduğunu yukarıda açıklamıştık. Ancak her amir her konuda emir vermeye yetkili değildir. Amirin verdiği emrin kendi görevine giren bir konuda olması, emri yerine getirecek memurun da verilen emrin görevi dahilinde bulunması gereklidir. Memur, verilen emrin amirin yetkisi dahilinde olup olmadığını incelemek ve araştırmak zorundadır. Aksi takdirde yasanın aradığı yetkili bir merciin emrini yerine getirdiğini ileri süremez ve amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz. Çünkü emri veren yetkili bir merci değildir. Memur da yetkili olmayan bir makamın emni uygulayarak görevi yerine getirdiğini ileri süremez.

Emredenin yetkili olmasının, kamu alanında bir karışıklılığa neden olmaması açısından da önemi vardır. Kurumlar arasında her kurumun amirinin kendi görev alanına giren bir konuda hiyerarşik açıdan kendisine bağlı olan personeline emir vermesi zorunludur. Örneğin suç işlenmesini önlemek idarenin görevidir. Suç işlendikten sonra adli makamların görevi başlar. Suç işlenmesini önlemek için yetkili makam vali ya da kaymakamın kendisine hiyerarşik açıdan bağlı olan zabıta kuvvetlerine emir vermesi halinde yetkili merciin emri söz konusu ise de vali ya da kaymakamın suç işleyen bir kimsenin yakalanması, nezarete alınması ya da tutuklanması amacıyla emir vermesi durumunda emri yerine getirecek kimse hiyerarşik açıdan kendisine bağlı olsa da görev alanına giren bir konu bulunmadığından amirin emrinin yerine getirilmesi söz konusu olmaz.

Amirin yetkili olup olmadığını verilen emre ve her somut olaya göre belirlemek gerekir. Amirin genel olarak yetkili olması emir vermesi açısından yeterli değildir. Yasal açıdan amirin o emri vermeye yetkili olup olmadığını araştırmak gerekir.<sup>107</sup> Mevzuat açısından amirin hangi konularda yetkili olduğu belirlenir ise de hangi konuda hangi amirin yetkili olduğunun, hangi memurun emri yerine getirmede görevli olduğunun belirlenmesi her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumda verilen emirden hareketle ve emrin gayesine göre emir verenin yetkili olup olmadığı belirlenmelidir.

Memur emredenin yetkili olup olmadığı konusunda hata yapabilir. Amirin yetkili olmasına rağmen yetkili olmadığını düşünerek emri yerine getirmeyebilir. Ya da emreden yetkili olmadığı halde yetkili zannedip emri yerine getirebilir. Yetkili amirin emrini yerine getirmeyen memur görevini yapmamış olacağından bunun neticesine katlanmak zorundadır. Amir memurun bu davranışı karşısında sahip olduğu asta karşı müeyyidelerini kullanılabılır. Asta disiplin cezası verebilir. Şayet memur yetkili olmayan emredenin yetkili olduğunu zannediyor, bu konuda tüm iyi niyetine ve gerekli dikkatle özen göstermesine rağmen emredenin yetkili olmadığını anlayamıyor ve emri yerine getiriyorsa kusurluluğu ortadan kalktığı için emri yerine getirmesi nedeniyle sorumlu olmaz. Ancak emredenin yetkili olmadığını bildiği halde buna rağmen emri yerine getirir ise sorumlu olacaktır.<sup>108</sup> Yukarıdaki örnekte tutuklama müzekkeresi vermeye yetkili olmayan valinin, suç işleyen bir kimse hakkında tutuklama müzekkeresi vermesi üzerine buna istinaden faili yakalayarak hürriyetini sınırlayan kolluk memuru, amirin emrini icra mazeretinden istifade edemez. Çünkü yetki dışına verilmiş bir emir vardır ve görevli memur tarafından bu konuda emredenin yetkili olmadığı bilinmektedir. Amirin yer, konu ve zaman bakımından yetkili olması gerekir.

<sup>107</sup> Manzini, II., 1950, 313 zikreden Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.86.

<sup>108</sup> Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.86-87.

#### a.) Yer İtibari İle Yetki

Yer itibari ile yetki, yetkinin coğrafi alan olarak geçerli olduğu yeri ifade eder. Her amirin yetki alanı mevzuat ile belirlenmiştir. Bir vali ancak kendi ilinin sınırları içinde emir verebilir. Başka bir ilde emir verdiği takdirde yerine getirilmesi gereken bir emir de ortada yok demektir.

#### b.) Görev (Konu) İtibari İle Yetki:

Bu husus doktrinde “emrin vazifeye aidiyeti” olarak adlandırılmaktadır. Her merciin kendisine göre bir gayesi vardır. Memur amirin her emrine itaat mecburiyetinde değildir. Ancak görevin gayesine uygun emirlere itaat edilmelidir. Memurun itaat zorunluluğu emrin gayeye uygunluğu ile sınırlandırılmıştır. Memur hizmete ilişkin olmayan, özel hayatını ilgilendiren konularda verilen emirlere uymak zorunda değildir. Amirin memuruna şu gazeteyi oku ya da okuma veya camiye git ya da gitme şeklinde emir vermesi mümkün olmadığı gibi, şu şahıs ile konuş ya da konuşma şeklinde emir vermesi de mümkün değildir.<sup>109</sup> Amire mutlak itaatin geçerli olduğu orduda dahi askeri hizmete ilişkin olmayan şahsi emirlere itaat zorunluluğu yoktur. T.S.K. İç Hiz.K.’nın 16. maddesi amirin maiyetindekilere hizmetle ilgili olmayan emir vermesini açıkça yasaklamıştır. Astına hizmetle ilgisi olmayan emir veren amirler D.M.K.Y.U.D.S.C.H.K.’un 53. maddesi uyarınca cezalandırılır.

Yasayla bir konuda hangi amirin emri verebileceği ve yetkili olduğu belirlenmiş ise, sadece o amirin o konuda emir vermesi lazımdır. Yasayla yetkilendirmeyen amirin verdiği emirler yetkili amirin verdiği meşru emir değildir, yerine getirilmez. Örneğin ceza ilamlarının infazı Cumhuriyet Savcılığına aittir. Cezanın infazı için davet edildiği halde gelmeyen bir hükümlü hakkında, yakalama çıkarılmış ise bu hükümlünün serbest

<sup>109</sup> Bettiol, “L’ordine”, s.49, Longhi. La le gittima della Resistenza agli atti del l’Autorita nel Dritto Penale Milano s.343, zikreden Günel, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.86.

bırakılmasına dair hakimın emir verme yetkisi yoktur. Çünkü infaz aşamasında yetkili merci değildir.

Yetkili amirin kendisine yasayla takdir hakkı tanınan konularda yetkisini keyfi olarak kullanmaması gerekir. Aralarında anlaşmazlık bulunan bir şahsı karakola celbi ve dövülmesi için emir veren emniyet müdürünün bir şahsın karakola celbi konusunda yetkisi bulunsada dahi suç teşkil eden ve meşru olmayan bir emrin memur tarafından yerine getirmesi hukuka aykırıdır. Yerine getiren memur hukuka uygunluk sebebinden istifade edemez. Kısacası memurun amirin verdiği emirde takdir hakkını tartışması mümkün değil ise de, amirin yetkili olup olmadığını, yetkili ise o somut olayda amirin o emri verip veremeyeceğini araştırması, ondan sonra emri yerine getirmesi gerekir ki, hukuka uygunluk sebebinden istifade edebilsin. Aksi takdirde yetkili olmayan bir şahsın emrini yerine getirdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

#### c.) Zaman İtibariyle Yetki:

Amir yer ve konu yanında zaman itibariyle de yetkili olmalıdır. “Mahkeme kadiya mülk değil” sözü bu durumu çok güzel olarak ifade etmektedir. Devlette makamlar devamlı, o makamı işgal eden kişiler ise geçicidir. O nedenle memur ve amirin yetkisi sınırsız değildir. Emeklilik, izinli ya da raporlu olma hallerinde memur amirin emrini yerine getirmemeli dolayısıyla amirin zaman açısından yetkili olup olmadığını araştırıp ona göre hareket etmelidir.

### B- VERİLEN EMRİN MEMUR TARAFINDAN YERİNE GETİRİLMESİNİN ZORUNLU OLMASI

T.C.K.’nın 49. maddesi, “infazı vazifeten zaruri bir emir” diyerek bu koşulu da açıkça aramıştır. Bir emrin memur tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olabilmesi için, o emrin memurun görevine girmesi gerekir. Ancak kendi görev alanına giren bir konuda emir alan memur görevini yerine getirdiğini iddia edebilir. Bunun yanı sıra

memurun emri yerine getirmekle görevini yaptığını ileri sürebilmesi içinde emri yerine getirmeye yetkili olması gerekir. Emri veren amirin yetkili olması yanında memurunda emri yerine getirmeye yetkili olması zorunludur. Memurun kendisine verilen emri yerine getirmeye yetkili olup olmadığı da verilen emrin niteliğine ve memurun görevini düzenleyen kurallara göre belirlenir.<sup>110</sup> Memur yukarıda da belirtildiği gibi amirin veya kendisinin özel hayatını ilgilendiren emirlere itaat etmek zorunda değildir. Yine memurun görevlerini belirleyen kurallar uyarınca kendi görev ve yetki alanına girmeyen bir emri yerine getirmesi zorunlu değildir. Örneğin ilçe milli eğitim müdürünün bir öğretmene kendi çocuğuna ücretsiz ders vermesi yönünde bir emir vermesi halinde bu emrin yerine getirilmesi zorunlu olmadığı gibi okul hizmetlisine ders vermesi konusunda emir verilmesi durumunda da yerine getirilmesi görev yönünden zorunlu bir emir yoktur.

Memurun verilen emrin yetki ve görev alanına girip girmediğini kontrol etmesi hem hakkı hem de görevidir. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen memur bağlayıcı ve meşru bir emri yerine getirdiğini iddia ederek hukuka uygunluk sebebinden istifade edemez. Bu durumda objektif olarak bir hukuka uygunluk sebebi yoktur. Ancak memur hata ederek görev ve yetki alanına girmeyen bir emri yerine getirmişse sorumluluktan kurtulabilir.<sup>111</sup> Ancak bunun esaslı bir hata olması gerekir.<sup>112</sup> Memur, emrin kanuna aykırı olduğu konusunda yanılmamış olsaydı emrin yerine getirilmesi suç teşkil etmeyecek ise yanılma esaslıdır. Memurun görev ve yetkisine girmediğini çok açık bir şekilde anlayabileceği emir varsa, emri yerine getiren memur kusurludur ve sorumluluk altındadır.

<sup>110</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.87, İçel, **Suç Teorisi**, s.126.

<sup>111</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.87.

<sup>112</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s.253.



#### IV-EMRİN KANUNLARA UYGUN OLMASI

Emir kanunun öngördüğü biçim ve içerik koşullarına uygun olmalıdır. T.C.K.’nın 49/1 maddesi bu şarttan açıkça söz etmemekle birlikte maddenin son fıkrasından bu şartı çıkarmak mümkündür.<sup>113</sup> Maddenin son fıkrası “... emir hilafı kanun olduğu takdirde bir cürmün işlenmesinden doğacak ceza emri veren amire hükmolunur” demektedir. Maddenin ters anlamından emrin kanuna aykırı olmaması sonucuna ulaşılabilir. Yani hukuka uygunluk sebebinden istifade edebilmek için emrin kanuna aykırı olmaması gerekir.

Kanuna aykırı olan emir meşru bir emir değildir.<sup>114</sup> “hilafı kanun” deyimini nasıl anlaşılmalıdır? Ceza hukuku alanında kanun deyiminden sadece ceza kanunları anlaşılır. O nedenle kanuna aykırı olan emirler öncelikle suç teşkil eden emirlerdir. Suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesini hukuk devletinde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmek mümkün değildir. Suç teşkil eden emirler, yerine getirilmesi görev icabı zorunlu emirler de olamazlar. Ancak kanuna aykırılık sadece ceza kanunlarına aykırılıkları içermez. Tüzük, yönetmelik, yasa, anayasa gibi mevzuata aykırı olarak verilen emirlerde “hilafı kanun” kapsamına girecek midir? Anayasamızın 137. maddesi ve 657 sy D.M.K.’nın 11. maddesi “ast üstünden aldığı emri yönetmelik, tüzük kanun ve anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir” diyerek kanuna aykırılığın ceza kanunun dışında tüzük, yönetmelik gibi mevzuata da aykırılığı kapsadığı şeklinde anlaşılmaya müsait bir ifade kullanmıştır. Doktrinde savunulduğu gibi kanuna aykırılığın ceza kanunlarına aykırılık olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.<sup>115</sup> Çünkü lafzi bir yorumla 49. maddede “ verilen emrin kanuna aykırı olması halinde meydana gelen cürüme verilecek cezanın amire hükmolunacağını” açıkça ifade edip yoruma meydan bırakmayacak şekilde hilafı kanundaki kanun deyiminin ceza kanununa, dolayısıyla suç teşkil eden kanuna

<sup>113</sup> Artuk- Gökcen- Yenidünya, **a.g.e.**, s.510; Demirbaş, **a.g.e.**, s.252; İçel, **Suç Teorisi**, s.127.

<sup>114</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.87; Artuk- Gökcen- Yenidünya, **a.g.e.**, s.510; Centel, **a.g.e.**, s.248; Demirbaş, **a.g.e.**, s.252; İçel, **Suç Teorisi**, s.127.

<sup>115</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.127; Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s.149.

aykırılıklar olduğuna işaret etmiştir. Kaynak İtalyan Ceza Kanununda “hilafı kanun” deyimini yerine “suç” deyimini kullanmıştır.<sup>116</sup> Suç teşkil etmeyen yönetmelik, tüzük, yasalar ve anayasaya aykırı bir emir verildiği takdirde ise kanunumuzun kabul ettiği gibi emrin tekrarı teorisi uyarınca memur tarafından aykırılık amire bildirecek, emir yazılı olarak tekrar edilirse yerine getirilecektir. Buradaki mevzuata aykırılığın müeyyidesi idari veya hukuki tazminat sorumluluğudur.

Yetkili merciin emri idari bir işlemdir. O halde bir idari işlemde bulunması gereken beş unsurun yani yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurunun bulunması, söz konusu emrin bağlayıcı olabilmesi için şarttır. Bu unsurlardan bir veya birkaçı eksik olan bir emir, üstün ısrar etmesi ve emrini yazılı olarak yenilemesi halinde yerine getirilir.<sup>117</sup> O nedenle meşru bir emirden bahsedilebilmesi için emir kanunun belirttiği şekil ve esas şartlarına uygun olması gerekir. Dolayısıyla emir şekil yönünden kanuna aykırı olabileceği gibi içerik yönünden de kanuna aykırı olabilir.

#### A.) ŞEKİL BAKIMINDAN EMİRİN KANUNA UYGUN OLMASI:

İdari işlemler belli biçim koşullarına uygun olarak yerine getirilir. Belli şekle bağlı olarak gerçekleştirilen işlemler hem idareye yapacağı işleri hangi usulde yerine getireceğini gösterir, hem de idarenin işlemde bulunurken belli yöntemlere riayet ederek işlemleri yerine getireceği düşüncesi ile yönetilenlere güven sağlar. İdari işlemler kural olarak yazılı işlemlerdir. Bunun yanında sözle ya da işaretle idari işlemde bulunulabilir. İdari işlemde bulunması gereken şekil şartının neler olduğunu belirleyen genel bir yasa yoktur. Yasa, tüzük, yönetmelik, genelge gibi metinlerde şekil şartları yer alabilir. Şekil şartlarına uyulmaması ise idari işlemin iptali sonucunu doğurabilir.<sup>118</sup> Yazılı olması

<sup>116</sup> Mehaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu hükmü şöyledir. “1. bentte yazılı olan halde resmi makamın emrini icra suretiyle eşlenen fiil suç teşkil ettiği taktirde emri veren amire suçu müstelzim olduğu ceza hükmolunur.” Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.562 dipnot 16’ dan naklen.

<sup>117</sup> Öztürk-Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.205.

<sup>118</sup> Danıştay 8. Dairesi 16.11.1977 gün ve 76/1575 E, 77/6113 Sayılı Kararı İle: “İdari işlemlerin, yasalarda, tüzük ve yönetmeliklerde öngörülen biçim koşullarına uygun olarak alınması zorunludur. Bu değere uyulmadan alınan idari işlemler biçim yönünden hukuka aykırı olur... Açıklanan nedenlerle dava

gereken işlemin sözlü olması, işlemde imza ya da mührün bulunmaması, karar olan kurul ise kurulun yasaya uygun olarak oluşturulmaması, karar alma yeter sayısına uyulmaması, memura savunması alınmadan disiplin cezası verilmesi gibi eksiklikler şekli aykırılıklardır.<sup>119</sup>

Emrin şekil bakımından kanuna aykırı olması, diyelim ki yazılı verilmesi gereken emrin sözlü olarak verilmesi hallerinde memurun emri yerine getirme zorunluluğu yoktur. Bu durumda meşru, bağlayıcı, kanuna uygun bir emir bulunmamaktadır. Memur önce verilen emrin biçimsel olarak yasaya uygun olup olmadığına bakacak, bu koşulların bulunduğunu belirlerse emrin yasanın özüne de uygun olduğunu görürse emri yerine getirecektir.

Hukuk düzeni, memuru emrin şekil itibariyle kanuna aykırılığını araştırmasını yasaklayamaz. İstisnaen emrin içerik itibariyle kanuna uygunluğunu araştırma görev ve yükümlülüğü kaldırılabilirse de; şekil bakımından araştırma yükümlülüğü ve görevi kaldırılamaz. Memur mutlak itaatle yasal olarak yükümlendirildiği hallerde dahi şeklen kanuna aykırı bir emri yerine getirecek olursa hukuka uygunluk sebebinden istifade edemez; yerine getirdiği için cezalandırılır. Çünkü şeklen sakat bir emir hukuki anlamda bir emir değildir.<sup>120</sup> Bu olsa olsa resmi sıfatı haiz olmayan bir şahsın irade açıklaması olarak kabul edilebilir.

Emrin belli bir şekle uyularak verilmesi amirin keyfî davranmasını önleyebilir. Ancak şekil şartlarının çok fazla sayıda olması şekilciliğe, kırtasiyecilik ve bürokrasiye neden olabilir. Şeklen kanuna uygunluk emri yerine getirecek memur için bir güvence sağlayabilir. Özellikle yazılı olarak verilmesi gereken emirler memur açısından bir ispat vasıtası olabilir. Görevli memur emri yerine getirirken amirin emrini yerine getirdiğini ileri sürebileceği gibi emrin yerine getirilmesinden etkilenen üçüncü şahıs da emrin

---

konusu işlemin iptali gerekir” diyerek açıkça idari işlemlerde şekle aykırılığın iptal edileceğini vurgulamıştır.

<sup>119</sup> Şekle aykırılıkla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, 6. bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983, s.167 v.d.

<sup>120</sup> Dönmezer-Erman, **a.g.e.**,c.2, s.90.

kaynağını öğrenmiş olur. Mahkeme kararına dayanarak arama yapan zabitanın arama yapmasında durum böyledir.

Onaya tabi olan idari işlemlerde ve emirlerde amirin onayı eksik ise, onayın bulunmaması emrin meşruiyetini etkilemez. Bu durumda emri amirinin talimatıyla yerine getiren memur sorumlu değildir. Sorumluluk onay olmadan emrin icra edilmesini isteyen üste aittir. Onay işleminin bulunmaması emri ortadan kaldırmaz. Sadece emrin yerine getirilmesini geciktirir.<sup>121</sup>

#### B.) EMRİN İÇERİK OLARAK KANUNA UYGUN OLMASI

Emrin şekil olarak kanuna uygun olması yeterli değildir. İçerik olarak da kanuna uygun olmalıdır. Emrin içerik olarak kanuna uygun olmasından, önce emrin bir suç teşkil etmemesi, ardından emrin kanunun özüne aykırı olmaması anlaşılmalıdır. Kanunun korumak istediği hukuki yarar ya da hakkı ihlal eden, ona zarar veren emirler içerik olarak kanuna aykırıdır. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak devletin kendi koyduğu kurallara uyması esastır. Koyduğu kurallara uymayan bir devlet ve onun temsilcisi olan bürokrat ve memurların yasaya aykırı hareket etmeleri düşünülemez. O nedenle memurun emri şekil olarak kanuna uygun olup olmadığını kontrol etmesi yanında içerik olarak da kanuna uygunluğunu kontrol etmesi lazımdır. Kanuna içerik olarak uygun olmayan emir, bağlayıcı ve meşru bir emir değildir. Memur tarafından yerine getirilmemesi gerekir. Dolayısıyla memurun emrin içerik olarak kanuna uygunluğunu kontrol etmesi hem hakkı hem de ödevidir. İçerik olarak emrin kanuna uygunluğunu kontrol etmeden yerine getiren memur, meydana gelen sonuçtan sorumlu olur. Kendisi de amir gibi cezalandırılır.<sup>122</sup>

Hukuk düzeni, memura, verilen emirlere körü körüne itaat yükümlülüğü yükleyemez. Böyle bir yükümlülük yüklenirse memur emri yerine getirmekte bir araç

<sup>121</sup> Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.96.

<sup>122</sup> Artuk- Gökçen- Yenidünya, **a.g.e.**, s.510; Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.561; İçel, **Suç Teorisi**, s.127; Önder, **a.g.e.**, s.235; Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.90.

durumuna düşürülür. Memurun emrin kanuna uygunluğunu şekil olarak araştırma yükümlülüğü yasaklanamaz ise de kanunla emrin içerik itibariyle uygun olup olmadığını araştırması yasaklanabilir. Mutlak itaat prensibinin gerekli olduğu askeri ceza hukukunda ve bazı hallerde zabıta memurlarına emrin içerik olarak kanuna uygunluğunu araştırma, görev ve yükümlülüğü kaldırılarak verilen emirlere itaat etmesi istenebilir. Bu hallerde emri yerine getiren memur sorumlu olmaz. Sorumluluk emri veren amire aittir. Ancak emrin şeklen kanuna uygunluğunu araştırma hali ve yükümlülüğü kaldırılamaz. Askeri şahıslar ile zabıta memurları emrin şeklen kanuna uygun olup olmadığını araştırmak, şeklen kanuna aykırı emirleri yerine getirmemek mecburiyetindedirler. Yerine getirirlerse amir ile birlikte sorumludurlar. Bu durumda verilen emirlere mutlak itaat zorundaydık o nedenle yerine getirdik iddiasında bulunamazlar.<sup>123</sup>

Askeri Yargıtay 4. Dairesi 24.9.1996 Tarih 465E. 460K. sy kararında: “Cumartesi- Pazar günleri resmi tatil olsa bile bir hafta sonraki denetleme hazırlıkları için ilgili komutanların tatil günlerinde kıt’alarında mesai yaptırımlarının yasal ve yetkileri dahilinde olduğuna, bu konudaki sözlü emrin hizmete ilişkin olduğuna dair herhangi bir kuşku bulunmadığına, gerek T.S.K. İç Hiz.K. ve Yönetmeliği gerekse As.C.K.’daki hizmet ve emir ile ilgili kavramlar dikkate alındığında tabur komutanının vermiş olduğu emrin adı geçen yasalardaki hükümlere tamamen uygun olduğuna, sanığın mesaiye gelmemek için önceden kararlı olması nedeniyle Cumartesi-Pazar günü izin verseniz de vermeseniz de gitmek zorundayım diyerek kararlılığını gösterdiğine, bu nedenle suç kastının bulunduğu açıkça anlaşıldığına” karar vererek temyiz itirazlarını reddetmiştir.<sup>124</sup> Bu karardan askeri şahıslar açısından da emrin şekil açısından yasalardaki hükümlere uygun olması gerektiği anlaşılmaktadır.

<sup>123</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.89-90; Artuk- Gökçen- Yenidünya, **a.g.e.**, s.511-512; Demirbaş, **a.g.e.**, s.254; Centel, **a.g.e.**, s.248.

<sup>124</sup> Orhan ÇELEN, **En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu**, 8. Baskı, Aktaş Matbaası, Ankara, 1999, s.20.

İçerik itibariyle amirin kanuna uygunluğunu araştırma hali ve ödevinin sınırları ne olmalıdır? Memur amirinden aldığı her emri kanun içeriğine ve özüne aykırı buldum diyerek yerine getirmekten kaçınabilecek midir? Kanaatimizce memurun emrin içerik olacak kanuna uygunluğunu araştırma hak ve ödevini, memurun amirin yerine geçerek karar vermesi şeklinde anlaşılacak kadar geniş yorumlamamak gerekir. Memur, kanunu amirinin anlayışına göre uygulamakla yükümlüdür. Aksi halde kamu hizmetlerinin görülmesinde aksamalar ve bir kaos ortamı doğabileceği gibi meratip silsilesine de gerek kalmayacaktır. Doktrinde en çok kullanılan bir örnek ile konuyu açıklamaya çalışırsak ; sulh ceza yargıcı tutuklama müzekkeresi düzenlemeye yasal olarak yetkili bir makamdır. Zabıta memurları da kararı yerine getirmekle görevlidirler. Tutuklama müzekkeresinde hakim imzası, mahkeme mührü yoksa sanığın kimlik bilgileri bulunmuyor ya da onu diğer şahıslardan ayıracak yeterli açıklıkta değilse emrin şekle aykırılığından söz edilerek yerine getirilmesinden kaçınılabilir. Ancak zabıta memurları ortada tutuklamayı gerektirecek bir sebep yok diyerek ve verilen emri içerik olarak kanuna uygun olmadığını ileri sürerek yerine getirmekten kaçınamazlar. Aksi halde yargılama makamı yerine geçip karar vermiş olurlar. Burada şöyle bir ayırım yaparak konuyu çözümlemek gerekir. Emrin kanuna içerik olarak aykırılığını hem objektif hem de sübjektif açıdan değerlendirmek gerekir. Kanuna açıkça aykırı olan emirler objektif olarak kanunsuz gayrı meşru bir emirdir ve yerine getirilmemesi gerekir. Açıkça kanuna aykırı olduğu anlaşılmayan emirlerde ise emri yerine getirenin emri kanuna aykırı olduğunu bilip bilmediğine, iyi niyetli olarak emrin kanuna aykırılığını gerekli bütün araştırmayı yapmasına rağmen bilemeyecek durumda olmasına göre sorumluluğunu çözmek gerekir. Burada hata yanılma gibi kusurluluğu etkileyen bir durum söz konusudur.<sup>125</sup> Bu örnekte sulh ceza hakiminin keyfi olarak, tutuklamayı gerektirecek bir durum olmadığı halde şahsi nedenlerle bir şahıs hakkında tutuklama müzekkeresi vermesi halinde zabıta memurları tutuklama müzekkerelerinin keyfi olarak verildiğini biliyorlar ise emri yerine getirmezler. Yerine getirirlerse sorumlu olurlar. Ancak böyle bir durumdan haberdar değiller ise emri yerine getirdikleri için sorumluluk almazlar.

<sup>125</sup> M. Tahir TANER , **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. basım, İstanbul, 1953, s.400-401; Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, c.2, s.89; Erdoğan, **a.g.e.**, s.548-549.

Kusurluluğunu kaldıran hata yanılma gibi haller mevcuttur. Kusursuz olan memurlara emrin içeriğinin kanuna aykırı olduğunu bilmeliydiniz iddiasında bulunulamaz. Emri veren amirin sorumluluğu ise kaçınılmazdır.

Sonuç olarak denilebilir ki T.C.K. amirin emrinin yerine getirilmesinde üçüncü bir şart olarak, emrin şekil ve içerik itibarıyla kanuna uygun olmasını aramıştır. 49. maddenin son fıkrası “hilafı kanun” deyimini kullanarak emrin kanuna aykırı olmaması gerektiğini, memurun kanuna aykırı emri yerine getirmemesi gerektiğini, yerine getirildiği takdirde kanuna aykırı emir veren amirin cezalandırılacağını öngörmüştür. Ayrıca bu fıkra “bir numaralı bentte” gösterilen hallerde de demek suretiyle 1. bende atıfta bulunarak amirin yetkili olması ve verilen emrin memurun görevine girmesi şartlarına ilaveten kanuna aykırı olmamayı ayrı bir unsur olarak vurgulamak istemiştir. Zaten yasa koyucunun açıkça ifade ettiği bir unsuru yok saymak hem yasa koyucunun amacına aykırı düşer, hem de hukuk devletinde yasaya aykırı emirleri yerine getiren kamu görevlisinin sorumlu olmayacağı gibi yanlış bir sonuca bizi götürür ki doğru bir sonuç değildir. Doktrinde hakim görüşte bu yoldadır.<sup>126</sup> Doğru olanda bu görüştür. Her ne kadar maddenin lafzi yorumundan kanuna aykırı emri veren amirinin cezalandırılacağı ve mefhumu muhalifinden emri yerine getiren memura ceza verilmeyeceği sonucu çıkarılabilir ise de anayasanın 137. md.si ve 657 sy D.M.K.’nın 11.maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde As.C.K. ve P.V.S.Kanunundaki bazı haller dışında kanuna aykırı emri yerine getiren memurun ve amirinin cezalandırılacağı sonucuna ulaşılır. Bu konu ilerde anlatılacağından burada daha fazla üzerinde durulmamıştır.

<sup>126</sup> Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.88; İçel, **Suç teorisi**, s.127; Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.561; Önder, **a.g.e.**, s.234; Soyaslan, **a.g.e.**, s.401; Aksi görüş için bkz. Taner, **a.g.e.**, s.400.

### III. BÖLÜM

## EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNDE SORUMLULUK DURUMU

### I-EMRİN KANUNLARA UYGUNLUĞU VE SORUMLU OLMAMA

Yetkili bir mercii tarafından verilen, yerine getirilmesi görev icabı zorunlu olan ve kanuna aykırı olmayan, şekil ve içerik itibariyle kanuna uygun olan bir emrin yerine getirilmesi halinde emri yerine getiren memurun, emri veren amirin sorumluluğundan bahsedilemez. Böyle bir durumda hem amir hem de memur sorumlu değildir. T.C.K.'nın 49. maddesi bir hukuka uygunluk sebebi ihdas etmiştir. Burada ki şartlara uyulduğu takdirde hem emri veren amir, hem de emri yerine getiren memur bakımından hukuka aykırılık yoktur. Amirin verdiği emir, memurunda verilen emri infazı hukuka uygundur. Esas itibariyle amir kamu hizmetini kanundaki şartlara uygun olarak emri altındaki memurlar aracılığıyla gördürmekte, memurlar da amirinin hukuka uygun emrini yerine getirerek görevlerini yerine getirmektedirler.

Verilen emrin yerine getirilmesi nedeniyle işlenen fiil, suç olarak kabul edilmeyen, ceza kanunu anlamında suç teşkil etmeyen bir fiil olabileceği gibi görünüş itibariyle suç teşkil eden ancak bazı şartların varlığı halinde hukuka uygun kabul edilen bir fiilde olabilir. İşlenen fiil suç olarak öngörülmemen bir fiil ise idare hukuku anlamında bir görevin yerine getirilmesi söz konusudur ve herhangi bir sorumluluk yoktur. Usulüne uygun olarak verilmiş bir tutuklama ya da arama müzekkeresinin gereğini yerine getiren memur görünüş itibariyle hürriyeti tahdit, konut dokunulmazlığını ihlal suçlarını işliyor gibi görünmekte ise de; kanun tarafından bu fiillerin 49. maddedeki şartlara uygun olarak bir memur tarafından yerine getirilmesi meşru olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu bazı şartların varlığı halinde suçla korunacak bir hukuki yararın bulunmadığını düşünerek bir hukuka uygunluk sebebi



kabul etmiştir. Böylelikle eylemi hukuka uygun olarak gerçekleştiren memurun ve emri veren amirin sorumlu olmadığını kabul etmek gerekir. Zaten hukuk düzeninin kanundaki usul ve şartlara riayet ederek kanuni görevini yerine getirenleri cezalandırması bir çelişki olurdu. Kamu görevlilerinin kanun emrini yerine getirdikleri için sorumlu kabul edilmeleri halinde layık olduğu şekilde görev yapmaları beklenemez. Sorumlu olmaktan çekinen görevli görevini tam olarak yerine getirmez.

T.C.K.'nın 49. maddesi kanuna aykırı olmayan bir emrin yerine getirilmesi ve emrin ifası nedeniyle suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi halini nazara almıştır. Maddedeki şartlara uyulduğu takdirde, yani yetkili bir merci tarafından, yerine getirilmesi görev icabı zorunlu olan ve kanuna aykırı olmayan bir emir yerine getirilirse, fiil suç teşkil etse dahi faile ceza verilmez demektir. Bu durumda gerek emri verenin gerekse emri yerine getirenin fiilleri sonucu meydana gelen sonuç hukuka uygundur.<sup>127</sup> O nedenle hem amirin hem de emri yerine getirenin sorumluluğu yoktur.

## II-EMRİN KANUNA AYKIRILIĞI VE SORUMLULUK

Kamu idaresinde asıl olan hukuka uygunluktur. Vatandaştan önce kamu görevlilerinin hukuka uygun davranmaları beklenir. Emir verme yetkisine sahip olan amir kanuna aykırı bir emir verdiği takdirde; memur, nasıl hareket edeceği problemiyle karşı karşıya kalır. Amirin kanuna aykırı bir emri yerine getirmekle sorumlu olma ve amirin emrini yerine getirmemekle yaptırımlara maruz kalma ikilemini yaşar.

Amirin verdiği emrin yerine getirilebilmesi için emrin kanuna uygun olması gerekir. T.C.K.'nın 49. maddesi 3. fıkrasında kanuna aykırı olan emrin yerine getirilmeyeceğinden, yerine getirildiği takdirde sorumluluğun söz konusu olduğundan bahsedilmiştir. Ancak mevzuatımızda özellikle A.Y. ve 657 sy. D.M.K.'da bazı hallerde kanunsuz emrin memur tarafından yerine getirileceği, yerine getirilen emir nedeniyle memurun sorumlu olmayacağı, konusu suç teşkil eden emrin ise hiçbir şekilde yerine

<sup>127</sup> Günal, **Yetkili Mercii Emrini İfa**, s.135.

getirilmemesi gerektiği öngörülmüştür. Başka bir deyişle adı geçen yasalar bazı hallerde kanuna aykırı emirlere de itaat yükümlülüğü yüklemiştir. Verilen emir suç teşkil edebileceği gibi, suç teşkil etmeyen kanunsuz bir emirde olabilir.

#### A- SUÇ TEŞKİL ETMEYEN KANUNSUZ EMİR

Suç teşkil etmeyen kanunsuz emir ceza hukukunu değil anayasa ve idare hukukunu ilgilendirir. Çünkü ceza hukukunda “kanunsuz suç ve ceza olmaz” prensibi gereğince suç teşkil eden fiiller tek tek belirlenmiştir. O nedenle ceza kanununda ve özel ceza yasalarında yasaklanmamış, yaptırıma bağlanmamış fiillerin emredilmesi ve verilen emrin mevzuata aykırı olması durumunda suç teşkil etmeyen kanunsuz emir vardır. Böyle bir emrin yerine getirilmesi durumunda hem amir hem de memur idare hukuku alanında yaptırıma maruz kalabileceği gibi özel hukuktan doğan tazminat yükümlülüğü altına girebilir. Başka bir deyişle, suç teşkil etmeyen kanunsuz emrin yerine getirilmesinde sorumluluk cezai değil tazmini veya idari bir sorumluluktur.

Ancak mevzuatımızda, özellikle 1982 A.Y. ve 657 sy. D.M.K.’muzda memurun amirine kayıtsız şartsız itaati kabul edilmediği gibi, suç teşkil etmemek kaydıyla verilen emrin kanunsuz da olsa bazı şartlar yerine getirildiği takdirde memur tarafından ifa edilebileceği kabul edilmiştir. Anayasanın 137. maddesinin 1. fıkrası, 657 sy D.M.K.’nın 11. maddesinin 2. fıkrası, İl İdaresi Kanununun 23. ve 38.maddeleri ile P.V.S.K.’nın 2. maddesinde bu prensip kabul edilmiştir.

1982 A.Y.’nin 137. maddesinin 1.fıkrasına göre: Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta kimse üstünden aldığı emri yönetmelik, tüzük, kanun veya anayasa hükümlerine aykırı görürse bu emri yerine getirmeyecek ve bu aykırılığı emri veren amire, üste bildirecektir. Ancak amir emrinde ısrar eder ve emri yazı ile yenilerse emir yerine getirilecek, emri yerine getiren kimse sorumlu olmayacaktır. Sorumluluk emri veren amire ait olacaktır. Yukarda da bahsettiğimiz gibi buradaki sorumluluk, suç teşkil eden bir emir olmadığı için cezai bir sorumluluk değil, tazmini veya idari bir

sorumluluktur. Emir yazılı olarak tekrarlanırsa hem amir sorumluluğu üzerine almış olur hem de memur açısından yazılı emir bir ispat vasıtası olur.

Memur, emri yerine getirirken bir kontrol hakkına sahiptir. Emrin mevzuata uygun olup olmadığını kontrol edecektir. Aksi takdirde mevzuata uygun olmayan emrin yerine getirilmesinden amirle birlikte sorumlu olacaktır. O nedenle kontrol hakkı aynı zamanda bir yükümlülük ve görevdir. Görevini yerine getirmeyerek kanuna aykırı bir emri yerine getiren kamu görevlisinin sorumlu olması doğaldır. Emrin mevzuata uygun olmadığını gören memur bu durumu amirine bildirir. Şayet amir emrinde ısrar ederse ve emrini yazılı olarak tekrarlarsa, memur emri yerine getirmek zorundadır. Bu durumda meydana gelen sonuçtan sadece amir sorumludur. Memur amirine gerekli ikazını yaparak görevini yerine getirmiş, amirde yapılan ikaza rağmen emrinde ısrar ederek hukuka aykırı sonucun doğmasına neden olmuştur. Konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emrin, mevzuata aykırı bir emir olduğunun memur tarafından amirine bildirilmesi üzerine amirin emri yazılı olarak tekrarlaması gerekir. Şifahi olarak emrin tekrarı emri yerine getiren memuru sorumluluktan kurtarmaz. Yazı ile emrin tekrarı bir şekil şartıdır. Memur amirin mevzuata aykırı gördüğü emrini yazı ile tekrarlamadıkça yerine getirmemelidir. Yazılı olarak tekrarlanan emri ise memur yerine getirmek zorundadır. Bu durumda memura itaat yükümlülüğü getirilmiş, kendisine suç teşkil etmeyen ancak mevzuata aykırı gördüğü ve ikaz etmesine rağmen amir tarafından yazılı olarak yinelenen emri yerine getirmeme hakkı tanınmamıştır. O nedenle memurun yazılı olarak tekrarlanan emri yerine getirmemesi halinde disiplin cezası gibi bir yaptırıma tabi olması mümkündür. Emrin gerçekte suç teşkil etmediği ve mevzuata uygun olduğu halde memur tarafından hataya düşürülerek yerine getirilmemesi durumunda yanılma esaslı ise sorumlu kabul etmemek, kendi kusuru ile yanılmışsa idari bir yaptırıma tabi tutmak gerekir.

Mevzuatımızda kabul edilen, memurun suç teşkil etmeyen, ancak yasa, tüzük ve yönetmeliğe aykırı olan emrin memura nazaran daha bilgili, tecrübeli olacağı ve memura göre daha az hata yapacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca

memurun verilen her amirde emri mevzuata aykırı gördüğünü ileri sürerek emri yerine getirmekten kaçınması idari mekanizmayı ve devlet çarkının işleyişini durduracaktır. Devlet işlerinin etkin bir şekilde yürütülmesi için bu yöntemin kabulü isabetli olmuştur. Ancak amir her nasılsa yanılmış olabilir. Memurun ikazı üzerine yanışının farkına varıp emrini geri alıp düzeltebileceği gibi emrinde ısrarda edebilir. Kanuna aykırı emri yapılan ikaza rağmen yenileyen amir ise bu aykırı emrinden dolayı doğacak sorumluluğa katlanmak zorundadır.<sup>128</sup>

### B-SUÇ TEŞKİL EDEN KANUNSUZ EMİR

Konusu suç teşkil eden emir yerine getirilmez. Yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Suç teşkil eden emri veren amirde memur gibi sorumludur. 1982 A.Y.'sının 137/2 fıkrası ile 657 sy D.M.K.'nın 11/3 P.V.S.K.'nın 2/b maddeleri bu durumu açıkça dile getirmişlerdir. Madde metinlerine göre “Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz” As.C.K.'nın 41/3. B maddesine göre de: “amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile nitelik olduğu kendisince malum ise maduna faili müşterek cezası verilir.” Yani ast amirin emrinin suç teşkil ettiğini biliyorsa, amir gibi, yerine getirdiği suç teşkil eden emirden sorumludur.

T.C.K.'nın 49. maddesinin son fıkrasında ise emrin kanuna aykırı olması halinde emri veren amirin sorumlu olacağına dair bir hüküm yer almıştır. Metne göre sadece kanuna aykırı emri veren amirin cezalandırılacağı, emri yerine getiren memurun sorumlu olmadığı gibi bir sonuca ulaşılabilir ise de ulaşılan sonuç doğru bir sonuç olamaz. Çünkü 1982 A.Y.'sının 137. maddesine göre suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez. Sadece askeri hizmetlerin görülmesinde ve acele hallerde kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunması için kanunla istisna getirilmişse, o halde emrin yerine getirilmesi mümkün olabilir. Yani mevzuatla memura mutlak itaat yükümlülüğü getirilmişse ancak o zaman bazı koşulların bulunması halinde suç teşkil eden emir

<sup>128</sup> Onar, a.g.e., s.602.

yerine getirilebilir. Bu durumda sorumluluk memura değil amire aittir. Normlar hiyerarşisine göre, Anayasa yasaların üstünde yer alır. Anayasaya göre suç teşkil eden emirlerin istisna dışında yerine getirilmeyeceği hükmü yer aldığına göre böyle bir emri istisnalar dışında yerine getiren memurun sorumluluğunu kabul etmek gerekir. Doktrinde de aynı görüş hakimdir.<sup>129</sup> Burada aynı görüşe katılmaktayız. Burada bir yasal boşluk olduğunu düşünüyoruz. Esasen maddenin İtalyan Ceza Kanunundan alınırken çevirisi de<sup>130</sup> yanlış yapılmıştır.

#### a.) Suç Teşkil Eden Kanunsuz Emirde Memurun Sorumluluğu

Yukarda da bahsedildiği gibi T.C.K.'nın 49. maddesinin son fıkrasında yanlış anlaşılmaya müsait bir ifade tarzı kullanılmıştır. Kanuna aykırı (hilafı kanun) emir verildiği takdirde emri veren amirin sorumlu olacağı belirtildiği halde memurun sorumluluğundan bahsedilmemiştir. Maddedeki hilafı kanun deyimini, ceza kanununda yer alan bir madde olduğundan konusu suç teşkil eden bir emir olarak anlamak gerekir. Madde metninde de “cürüme verilecek ceza” dendiğinden emrin suç teşkil eden emir olduğu sonucuna buradan da ulaşılabilir.

Anayasanın 137. maddesindeki hükme göre konusu suç teşkil eden emri yerine getiren memur sorumludur. Suç teşkil eden emir bir hukuka uygunluk sebebi olamaz. Suç teşkil eden emir meşru bir emir değildir. Hukuk devletinde suç teşkil eden emri yerine getiren memuru sorumlu kabul etmemek hem adalet hem de hak ve nesafet açısından doğru değildir. Kaldı ki memurun amirinin suç teşkil eden emrini dahi yerine getirmek zorunda olduğunu kabul edersek astı emri mutlak olarak yerine getirmek zorunda olan bir otomat haline getirmiş oluruz. Oysa 49. maddede açıkça kabul edilmese de memurun verilen emri kanuna uygunluğunu kontrol hakkı ve yükümlülüğü mevcuttur. Maddenin son fıkrasının mefhumu muhalifinden verilen emrin yetkili bir

<sup>129</sup> Dönmezer- Erman , **a.g.e.**, c.2, s.93; Centel, **a.g.e.**,s.249; Artuk- Gökcen- Yenidünya, **a.g.e.**, s.511; Demirbaş, **a.g.e.**, s.254; İzzet ÖZGENÇ/ Cumhur ŞAHİN, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.273.

<sup>130</sup> Erem- Danışman- Artuk, **a.g.e.**, s.562 ve 16 nolu dipnot.

merciden verilmesi ve yerine getirilmesi görev icabı zorunlu bir emir olması şartına ilaveten kanuna aykırı olmaması gerektiği sonucuna ulaştığımızda; memurun suç teşkil eden emri yerine getirdiğinde amirin emrini yerine getirmenin şartlarından birinin gerçekleşmemesi nedeniyle sorumlu olacağını kabul etmek yerinde olur. Emre hem şekil hem de içerik olarak kanuna uygunluğunu kontrol mecburiyetinde olan memur, T.C.K.'nın 44. maddesinde de kanunu bilememek mazeret olarak kabul edilmediğinden, emrin suç teşkil ettiğini bilmediğini de ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

Amir tarafından verilen suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine başlanmış ancak emir yerine getirilmeden icrasından vazgeçilmiş ise, ihtiyariyle vazgeçme uygulanmalıdır. Yani memur, o ana kadar yaptığı eylemleri bir suç teşkil ediyorsa sorumludur.<sup>131</sup>

#### b.)Suç Teşkil Eden Kanunsuz Emirde Amirin Sorumluluğu

Suç teşkil eden emri veren amir sorumludur. T.C.K'nın 49. maddesi bu sorumluluğu açıkça dile getirmiştir. Maddenin son fıkrasına göre: kanuna aykırı olan emre verilecek ceza amire hükmolunur.

Suç teşkil eden emri memur yerine getirmezse ortada bir hareket bulunmadığından amirin sorumluluğu da yoktur. Emir icraya başlanmış, tamamlanmadan emrin yerine getirilmesinden vazgeçilmiş ise o ana kadar meydana gelen eylemler bir suç teşkil ediyorsa amir de o suçtan sorumludur. Meydana gelen eylemler bir suç teşkil etmiyor ise sorumluluğu yoktur. Ancak böyle bir emrin verilmesi yasada suç olarak kabul edilmişse o suçtan dolayı amirin sorumluluğunu kabul etmek gerekir.<sup>132</sup>

<sup>131</sup> Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.148.

<sup>132</sup> Günal, **Yetkili Merciin Emrini İfa**, s.148.

### III- KANUNA AYKIRI EMİRDE SORUMLULUĞUN İSTİSNALARI

Kanuna aykırı emirde emri veren amirin T.C.K'nın 49. maddesi son fıkrasına göre, emri yerine getiren memurun 1982 A.Y.'sının 137. maddesi 1. ve 2. fıkralarına göre sorumlu olduklarını yukarıda açıklamıştık.<sup>133</sup>

Kanuna aykırı emrin yerine getirilmesi halinde memurun sorumluluktan kurtulacağı hallerden birisi emrin kanuna aykırı olduğunu memurun bilmemesi bu konuda hataya düşmesi, diğeri kanunun mutlak itaat ilkesini benimseyerek memurun verilen emrin meşruluğunu, kanuna şekil ve içerik açısından uygunluğunu araştırma hak ve ödevinden yasaklanmasıdır. Hata hali hem memur hem de amirler açısından söz konusu olabileceği gibi burada kastedilen hukuki hata değil esaslı fiili yanılmadır. Çünkü hukuki yanılma T.C.K.'nın 44.maddesine göre: “kanunu bilmemek mazeret sayılmayacağından” kabul edilmez. Mutlak itaat ilkesinin kabul edilerek kanuna aykırı emrin yerine getirilmesinden memurun sorumlu olmayacağını kabul edildiği kanunlar mevzuatımızda As.C.K. ve P.V.S.K.'dır. Sorumluluğun istisnalarından biri olan hata hali 49. madde de açıkça düzenlenmediği ceza hukukunun genel ilkelerinden esaslı fiili yanılmanın sorumluluğun istisnası olabileceği sonucuna ulaşıldığı halde, bazı kanunlarda emrin meşruluğunun araştırılmasının yasaklanması, Anayasanın 137. md.sinin 3. fıkrası ve 657 sy D.M.K.'nın 11. maddesinin son fıkrası hükümlerine dayanır. Gerçekten bu maddelerde askeri hizmetlerde ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla istisnalar getirilebileceği kabul edilmiştir. Aşağıda önce sınırın aşılması ve hata hali daha sonrada askeri şahıslar ve polislerin kanuna aykırı emrin yerine getirilmesi halindeki durumları incelenecektir.

---

<sup>133</sup> Bkz. s.62

### A.) SINIRIN AŞILMASI VE HATA HALİ (YANILMA)

Genel ceza hukukunda memur emri yerine getirirken sınırı aşarsa T.C.K.'nın 50. maddesi uygulanır. 50. maddeye göre: “49. maddede yazılı fiillerden birini icra ederken kanunun veya selahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm ölüm cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşağı olmamak üzere hapis... cezası ile cezalandırılır.”

Yetkili merciin emrini yerine getirmede sınırın aşılması için öncelikle T.C.K.'nın 49. maddesindeki şartlar gerçekleşmelidir. Yani yetkili merciden verilmiş, yerine getirilmesi görev icabı zorunlu olan ve kanuna uygun bir emir varsa sınırın aşılması nedeniyle cezadan indirim yapılabilir.<sup>134</sup>

Sınırın aşılması kasten, mücbir sebeple yada taksirle olabilir.<sup>135</sup> Sınır kasten aşılmışsa, T.C.K.'nın 50. maddesindeki indirim sebebi uygulanmaz. Cezadan indirim yapılmaz. Emri yerine getirene neticeye ilişkin suça verilecek ceza aynen uygulanır. Bu halde fail, emrin sınırını araçta değil, amaçta aşmaktadır. Artık burada, hukuk düzeni tarafından hukuka aykırı olduğu halde cezalandırmama şeklinde irade ortadan kalkmıştır.<sup>136</sup>

Sınırın taksirle aşılmasında ise; emri yerine getiren emrin sınırını bilerek ve isteyerek değil, taksirli olarak aşmaktadır. Gereksiz yere emrin sınırını aşarak sonucun meydana gelmesine neden olmuştur. Örneğin, hayati olmayan bölgeye ateş etmek yerine, hayati bölgeye veya savunma için yeterli sayıda ateş etmek veya yaralamak yerine, fazla sayıda ateş etmek yada yaralamakta olduğu gibi. Yine, polis memurunun hakkında tutuklama müzekkeresi bulunan ve kaçan sanığı yakalamak amacıyla ateş

<sup>134</sup> Önder, **a.g.e.**, s.265; Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.132.

<sup>135</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.190; Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.137.

<sup>136</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.191; Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.138-139; Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.132; Önder, **a.g.e.**, s.265.



ederek öldürmesinde, şayet öldürme kastı belirlenemezse sınır taksirle aşılmış demektir.<sup>137</sup>

Sınırın mücbir sebeple aşılması halinde, emri yerine getiren hukuka uygunluk sebebinden tamamen faydalanır. Bu halde T.C.K.’nın 50. maddesi değil 49. maddesi uygulanır. Bu durumda emri yerine getirenin ruh hali dikkate alınarak emri yerine getirirken sınırı aşıp aşmadığının farkında olup olmadığına bakılır.<sup>138</sup>

Sınırın aşılp aşılmadığı somut olayın şartlarına göre belirlenir. T.C.K.’nın 50. maddesinin uygulanabilmesi için ilk olarak emrin yerine getirilmesinin unsurlarının olayda bulunması, sınırı aşmanın amaçta değil araçta olması ve suçun taksirle işlenebilen bir suç olması gerekir. Sınır araçta değil amaçta aşılmış ise hukuka uygunluk nedenleri gerçekleşmez. Örneğin bir kimseyi tutuklamak görevini alan kolluk görevlisi tutukluyu döverse, sınır araçta değil amaçta aşılmıştır. Emri yerine getirenin indirimden faydalanması mümkün değildir.<sup>139</sup>

As.C.K.’nın 41. maddesinin 3. fıkrasının A bendine göre:“ast kendisine verilen emrin sınırını aşmış ise kendisine müşterek fail gibi ceza verilir.” Bu bentteki emirden maksat suç teşkil eden emirdir. Verilen emir suç teşkil eden bir emirse ve ast emri yerine getirirken sınırı aşmışsa, ast amirle birlikte sorumludur. Astın kendisine verilen emrin sınırını kasten veya taksirle aşmasının bir önemi yoktur.<sup>140</sup>

D.M.K.Y.U.D.S.C.H.K.’nın 48. maddesi; kast veya ihmal ile hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırı aşmak suretiyle itaatsizlik edenlere disiplin cezası verileceğini öngörmektedir. Yani emrin sınırının aşılması emre itaatsizlik suçunu oluşturur. Burada sözü edilen emir konusu suç teşkil etmeyen emirdir. Ast emri yerine

<sup>137</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.192; Önder, **a.g.e.**, s.265-266.

<sup>138</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s. 190-191; Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.137-138.

<sup>139</sup> İçel, **Suç Teorisi**, s.195-196.

<sup>140</sup> Yılmaz GÜNAL, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, **A.Ü.S.B.F.D.**, c.22, sy 4, Ankara, 1967; Sahir ERMAN, **Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul**, 7.bası, Üçdal Neşriyat, İstanbul,1983, s.182.

getirirken emrin sınırını aşmış ve suç teşkil etmeyen bir emri yerine getirmişse sadece, emre itaatsizlik suçundan cezalandırılır. Eğer ast konusu suç teşkil etmeyen emri yerine getirirken sınırı aşarak hem suç teşkil eden bir fiil işlemişse, hem işlediği suçtan hem de emre itaatsizlikten dolayı cezalandırılır.<sup>141</sup>

Emrin kanuna aykırı olduğunu bilmeyen, bu konuda yanılan memur sorumlu değildir. Ancak memurun sorumluluktan kurtulabilmesi için yanılmanın esaslı olması gerekir. Memur, emrin kanuna aykırı olduğu konusunda yanılmamış olsaydı emrin yerine getirilmesi suç teşkil etmeyecek idiyse yanılma da esaslıdır.<sup>142</sup> Memur emrin kanuna uygun olup olmadığını emrin şekil ve içerik açısından yasaya aykırı olup olmadığını dolayısıyla emrin meşruluğunu araştırmak zorundadır. Bu araştırması sırasında gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen esaslı olarak yanılmışsa sorumlu kabul edilemez.

Suç teşkil eden emirlerde hukuki yanılma geçerli değildir. Yasada suç olarak kabul edilen bir fiili amirinin emri olduğu için yerine getiren memur, fiili değil hukuki bir yanılma içindedir. Özellikle açıkça suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi halinde bu durum açıkça ortaya çıkar. Örneğin sarhoş bir amirin askeri birliğin önünden geçen kimselere ateş edilerek öldürülmesi, kendisine kredi kartı vermeyen bankanın silahla taranması emrini vermesi ve bu emirlerin ast tarafından yerine getirilmesi durumunda, memur emrin kanuna uygunluğu konusunda yanıldığını ileri süremez. Çünkü bu halde kanuna aykırılık açıkça bellidir ve bu durumda esaslı fiili yanılma söz konusu değildir.<sup>143</sup>

“Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi herkesin yürürlükteki kanunları bildiği varsayımına dayanmasına, eleştirilmesi ve yumuşatılmaya çalışılmasına rağmen

<sup>141</sup> Günal, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, s.134-135.

<sup>142</sup> Yanılma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, c.2, s.21; Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.119 vd.; Faruk EREM, “T.C.K Hükümlerine Göre Hukuki Fiili Hata”, **A.D.**, Yıl 38, sy. 1 Ocak 1947; Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, “Ceza Hukukunda Yeni Cereyanlar, Modern Ceza Hukukunda Hata Meselesi”, **A. D.**, c.33, sy.2,1942.

<sup>143</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s.253; Artuk- Gökçen- Yenidünya, **a.g.e.**, s.512.

herkes için bu ilkenin geçerli kabul edilmesine göre; devleti temsil eden kamu görevlilerinin suç teşkil eden emirleri yerine getirmeleri nedeniyle cezalandırılmaları ve yanıldığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamaları oldukça yerindedir. Aksi düşünce hukuk devleti ilkesine açıkça aykırı olur.

Emrin suç teşkil ettiği konusunda memur yanılmışsa, emrin suç teşkil etmemesine rağmen suç teşkil ettiğini ileri sürerek yerine getirmekten kaçınırsa, amir emri bizzat kendisi yerine getirebilir. Ya da emri başka bir memura uygulatabilir. Bu durumda memur, idari açıdan disiplin cezası ile cezalandırılır.

Gerçekte meşru olan ancak somut olayda kanuna aykırı olan emirlerin yerine getirilmesi halinde memur sorumluluktan kurtulur. Bir kimsenin hürriyetinin sınırlandırılması suçtur. Kolluk kuvvetleri ya da infaz koruma memurları yetkili makam tarafından verilen tutuklama müzekkeresi üzerine bir şahsı yakalar ya da cezaevine korlarsa görevlerini ve amirin emrini yerine getirdiklerinden suç işlemiş olmazlar. Ancak yetkili makamda bulunan hakim tutuklama sebepleri olmadığı, gerçekleşmediği halde bir şahıs hakkında tutuklama müzekkeresi düzenler ise o karara dayanarak polis memurları ya da infaz koruma memurlarının tutuklanan şahsı hürriyetinden mahrum etmeleri halinde esaslı fiili bir hataya düştüklerinden sorumlulukları yoktur. Şayet hakim tarafından 11 yaşından küçük ve cezai ehliyeti olmayan bir çocuğun tutuklanması halinde bu kararın gereğini yerine getiren kolluk kuvvetleri ise yanıldıklarını ileri süremezler. Çünkü burada esaslı fiili hata değil hukuki bir yanılma söz konusudur. Ve hukuki yanılma memuru sorumluluktan kurtarmaz.

#### **B) GÖREVLERİNİN NİTELİĞİ GEREĞİ EMRE MUTLAK İTAAT ETMEK ZORUNDA OLAN KİŞİLERİN DURUMLARI**

Anayasanın 137. md.sinin 2. fıkrası “konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağından” bahsettikten sonra son fıkrada “askeri hizmetlerin görülmesi ve acil hallerde kamu

düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır” diyerek kanun koyucuya istisna getirme imkanı tanımıştır. Hizmetin niteliği gereği mutlak itaatin söz konusu olduğu askeri hizmetlerde ve kamu güvenliği ya da kamu düzenini sağlamakta önemli görevleri bulunan polisler verilecek emirlerde, memurun emrin yerine getirilmesinde meşruluk ve kanuna uygunluğu araştırma yükümlülüğü, dolayısıyla sorumluluğu kanunla kaldırılabilir. Nitekim As.C.K.’nında ve ilgili mevzuatta ve P.V.S.K.’da suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi, emrin meşruluğunu araştırma, emrin yerine getirilmesi konusunda yazı ile yinleme, emrin yerine getirilmesi nedeniyle sorumluluk konularında Anayasa, 657 sy D.M.K. ve T.C.K.’nın 49.maddesinden farklı düzenlemeler getirilmiştir.

#### a.) Askeri Şahıslar

Askerlik mesleği hizmetin niteliği gereği sıkı bir disiplin, katı bir hiyerarşi ve astların üstlerine mutlak itaatini gerektirir. T.S.K. İç Hiz.K.’nın 13. maddesi disiplini; “kanunlara nizamla ve amirlere mutlak bir itaat, ve astının ve üstünün hukukuna riayet etmek” olarak tanımlamıştır. Aynı yasanın 14. maddesinde de “Ast amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamla gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir. İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur”<sup>144</sup> denmiştir. Görüleceği üzere askeri mevzuatımızda “mutlak itaat” prensibi kabul edilmiştir. Bu prensibe göre emir kanuna açıkça aykırı olsa bile astın emri yerine getirme yükümlülüğü vardır. Hatta emrin yerine getirilmemesi “emre itaatsızlıkta ısrar” adı altında suç olarak kabul edilmektedir. Madde metnine göre emir verenin amir ya da üst olmasına göre farklılık vardır. Ast, emreden amir ise mutlak itaat prensibi gereği verilen emrin hukuka aykırı olup olmadığına bakmaksızın emri yerine getirecektir. Üst

<sup>144</sup> İsmet POLATCAN, **Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu** 11. Basım, Bayrak Yayıncılık, İstanbul, 1990, s.32.

ise “kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde” dendiği için üst emir vermeye yetkili ise, yine mutlak suretle itaat edecek, verilen emri yerine getirecektir. Amir açısından astın amirin emir vermeye yetkili olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur.<sup>145</sup> Verilen emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emir verene aittir.

As.C.K.’nın 41. maddesinin 2. fıkrasına göre: “Hizmete ilişkin hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse suçun işlenmesinden emir veren mesuldür.” Ast, kendisine verilen emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür. Emir hizmete ilişkin bir emir değilse, ast bu emri yerine getirmek zorunda değildir. Hizmetle ilişkin olmayan emri yerine getiren ast, bu emri yerine getirmekten dolayı meydana gelen sonuçtan sorumludur. Eylemi bir suç teşkil ederse sorumlu olur ve amirin emrini yerine getirdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Hizmetle ilişkin emir veren amir, astın eyleminden sorumlu olduğu gibi, hizmet dışı emir veren amir de cezalandırılır ve hatta cezası arttırılarak hükmolunur.<sup>146</sup> Çünkü emir hizmete ait bir talep ve yasağın sözlü yazı ile ve sair suretle ifadesidir (T.S.K. İç Hiz.K. md. 8). Özel nitelikte olan veya ilk bakışta özel olduğu anlaşılan emirler hizmetle ilişkin emir değildir.<sup>147</sup> Örneğin nöbetçi subayı olan amirin nizamiye nöbeti tutmakta olan astına içki almak amacıyla bakkala göndermesi, bölük komutanının ere iç çamaşırını yıkaması konusunda verdiği emir, hizmetle ilişkin bir emir değildir ve ast tarafından yerine getirilmemelidir.

Astın verilen emrin amir tarafından mı yoksa üst tarafından mı verildiğini araştırma görevi ve yetkisi, üst tarafından emir verilmişse üstün emir vermeye yetkili olup olmadığını araştırması ve emrin hizmetle ilişkin bir emir olup olmadığını araştırması ve hizmetle ilişkin olmayan emri yerine getirmemesi nedeniyle askeri ceza mevzuatımızda, astın emrin şeklen kanuna uygun olup olmadığını araştırma hak ve görevi kabul edilmiştir. İçerik olarak ise ast emrin kanuna uygunluğunu araştırma

<sup>145</sup> Erman, **a.g.e.**, s.178; Centel, **a.g.e.**, s.249; Demirbaş, **a.g.e.**, s.254-255; Artuk- Gökçen- Yenidünya, **a.g.e.**, s.511 dipnot 170 teki açıklamalar.

<sup>146</sup> Erman, **a.g.e.**, s.179-180; Centel, **a.g.e.**, s.250.

<sup>147</sup> Erman, **a.g.e.**, s.181.

yetkisine sahip değildir. Mutlak itaat prensibi astın emrin yasalara uygunluğunu içerik olarak araştırmasını yasaklamıştır.<sup>148</sup> Ast emrin yasaya aykırı olduğu konusunda tereddüde düşse bile emri yerine getirmek zorundadır.<sup>149</sup> Hatta bu tereddüt emrin suç teşkil edip etmediği yönünde olsa dahi, yasada tanınan iki istisna hali dışında ast, emri yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumda emri yerine getirme nedeniyle asta sorumluluk yüklenemez. Meğer ki ast, emrin bir suç işletmek amacıyla verildiğini bilmesin ya da verilen emrin sınırlarını aşmış olmasın.

As.C.K.'nın 41. maddesinin 2. fıkrası hizmete ilişkin olan emirler suç teşkil etse dahi emrin yerine getirilmesinden emreden sorumlu olacağını açıkça belirttiğinden, hizmete ilişkin emir suç teşkil ediyorsa, yerine getirilmesinden ast sorumlu değildir.<sup>150</sup> Konusu suç teşkil eden emir hizmet gereği olarak verilmişse, ast emre itaat etmek mecburiyetindedir. Astın itaat zorunluluğu ve bu zorunluluk nedeniyle sorumsuzluğu konusu suç teşkil eden emirde iki istisna ile kaldırılmıştır. As.C.K. 41. maddesi f 3 bend B'ye göre: “amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadı ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum ise” ve f 3 bend A'ya göre: “kendisine verilen emrin hududunu ast aşmış ise” emre itaat yükümlülüğü yoktur. Verilen emri bu durumlarda yerine getirdiği için sorumludur, cezalandırılır.<sup>151</sup>

Astın verilen emrin bir suç işlemek amacıyla verildiğini bilmesi ve buna rağmen emri yerine getirerek amirle birlikte müşterek fail sıfatıyla sorumlu olması durumunda, yasada objektif bir kritere yer verilmemiş, subjektif kriter kabul edilmiştir. Ast verilen emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmiyorsa, verilen emir açıkça hukuka aykırı olduğu halde dahi, sorumlu değildir. Başka ülkelerdeki düzenlemelerin aksine objektif kriter kabul edilmediği için astın emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilebilecek

<sup>148</sup> Erman, **a.g.e.**, s.184; Yılmaz GÜNAL, “Askeri Münasebetlerde Emir Ve Sorumluluk”, s.196-197; Artuk-Gökçen-Yenidünya, **a.g.e.**, s.512; Centel, **a.g.e.**, s.250.

<sup>149</sup> Centel, **a.g.e.**, s.250; Erman, **a.g.e.**, s.184.

<sup>150</sup> Bu konuda aksi düşünce için bkz. Demirbaş, **a.g.e.**, s.254; Centel, **a.g.e.**, s.250-251.

<sup>151</sup> Özgenç- Şahin, **a.g.e.**, s.275.

durumda olması öngörülebilir olması durumunda dahi, bildiğini kabul etmek mümkün değildir. Ast lehine bir karine olduğundan astın savunmasının aksini ispat gerekir.<sup>152</sup>

As. Yar. 2. Dairesi'nin 23.12.1953 Tarih 1384 E. 3634 K. sy Kararına göre: “Verilen emrin kanuna aykırı olması yerine getirme zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.” Buna göre yargı kararlarında da astın emrin kanuna uygunluğunu ancak biçim açısından kontrol edebileceği, emrin içeriğinin kanuna uygunluğunu astın kontrolünün mümkün olmadığı, ast tarafından emrin kanuna uygun olmadığı anlaşılrsa dahi emri yerine getirmenin zorunlu olduğu kabul edilmiştir.<sup>153</sup>

As. Yar. 4. Dairesi 16.2.1982 Tarih 78 E. 75 K. sy kararıyla: “Sanık çavuşun bölük komutanının emir vermesi üzerine er ile cinsi münasebette bulunması olayında; bölük komutanının verdiği emrin As.C.K.'nın 41/b md.sine aykırı bulunduğundan, ast durumunda bulunan sanığın bu emri yerine getirmemesi gerekirken emrin yapılmış olmasının sanığı sorumluluktan kurtarmayacağına” karar vermiştir.<sup>154</sup> Olayın niteliği gereği verilen emrin hizmete ilişkin olmadığı ve böyle bir emrin suç teşkil ettiği çok açık bir surette anlaşıldığından daire, emri yerine getiren astı da sorumlu kabul etmiştir. Şüphesiz As.C.K. 41. maddesi açık hükmü karşısında da emri veren amir de sorumludur.

As. Yar. 2. Daire 6.11.1996 Tarih 723 E. 721 K. sy kararıyla: “As.C.K. 41. maddesinde askeri cürüm ve kabahatlere iştirak halinde T.C.K.'nın 64-67. maddelerindeki iştirak hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekle birlikte, As.C.K.'nın bazı maddelerinde bu esastan ayrılmış olup bu ayrılmayı ifade eden maddelerden biri de As.C.K.'nın 109. maddesidir. Bu madde ile ilgili özel düzenleme nedeniyle rütbe nüfuzunu kullanarak, astına suç işlemesini teklif edip, işleten bu sanığın konumunun T.C.K.'nın azmettirme ile ilgili 64. maddesinden ziyade, düşünce olarak azmettirmekle

<sup>152</sup> Erman, **a.g.e.**, s.182-183; Özgenç-Şahin, **a.g.e.**, s.276.

<sup>153</sup> Orhan ÇELEN, **En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Ek ve Örnekli Askeri Ceza Kanunu**, 2. baskı, Aktaş Matbaası, Ankara, 1999, s.98.

<sup>154</sup> Çelen, **Askeri Ceza Kanunu**, s.98.

aynı olmakta birlikte uygulamaya yönü ile farklılık arz ettiğinden As.C.K.109. maddesi içerisinde değerlendirme gerekmektedir.”<sup>155</sup> şeklinde karar vermiştir. As.C.K. 109. maddesi rütbe, makam veya memuriyetin sağladığı nüfuz ve yetkiyi kötüye kullanarak astına bir suç işlemesini teklif eden amir veya üstü cezalandırılmaktadır. Suç işlenir veya teşebbüs edilir ise asıl faile yani asta verilecek ceza emir veren hakkında arttırılarak tayin edilecektir. Buradaki teklif edilen suçun açık seçik anlaşılması gerekmektedir. Suçu işleyen asta ceza verilmemesi, emir vereni sorumluluktan kurtarmaz.

Özetlemek gerekirse askeri ceza mevzuatımız mutlak itaat prensibini kabul ederek astın verilen emrin içerik olarak yasaya uygunluğunu araştırmayı yasaklamış, şekil açısından emrin yasaya uygunluğunu araştırmayı yasaklamamıştır. Ast, emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmak, hizmete ilişkin olmayan emirleri yerine getirmemek yetkisine sahiptir. Hizmete ilişkin emir içerik açısından kanuna aykırı olsa dahi, emri yerine getirmek zorunludur. Hatta hizmete ilişkin emir suç teşkil ediyor olsa bile, ast emrin suç teşkil ettiğini bilmiyorsa, emrin yerine getirilmesinden sorumlu olmadığı, sorumluluğun amire ait olduğu kabul edilmiştir. Anayasamızın 137. maddesinin son fıkrasında askeri hizmetlerin görülmesinde kanunla yapılacak düzenlemeler istisna olarak kabul edildiği için, bu düzenlemeler anayasaya da aykırı değildir. Ancak mevcut düzenleme hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Hizmete ilişkin, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesini ast açısından yasal bir zorunluluk olarak kabul etmek, sadece emri veren amiri üstü sorumlu saymak, teknolojinin gelişmesi nedeniyle kültürel etkileşmesinin arttığı, insan haklarının daha bir önem kazandığı, küçülen dünyadaki gidişata ters düşmektedir. O nedenle yasa değişikliği yapılarak en azından açıkça hukuka aykırı ve suç teşkil ettiği anlaşılan emirlere itaat zorunluluğunun kaldırılarak, objektif kriterin kabul edilmesi gerektiği<sup>156</sup> şeklindeki görüşe katılıyoruz.

<sup>155</sup> Çelen, **Askeri Ceza Kanunu**, s.98.

<sup>156</sup> Özgenç-Şahin, **a.g.e.**, s.276.



## b.) Polisler

Polis memurları diğer devlet memurlarına nazaran daha sıkı bir hiyerarşi içinde yer alırlarsa da askeri şahıslar kadar katı bir hiyerarşi içinde değildirler.<sup>157</sup> Kanaatimizce mutlak itaat prensibi polis teşkilatı için geçerli değildir. P.V.S.K. 2. maddesinin 2. fıkrasına göre “Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlamasından sorumlu olan polis, amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse emir yerine getirilir. Bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.” Görüldüğü üzere, Anayasanın 137. maddesinde ve 657 sy D.M.Y. 11. maddesindeki ilkeler aynen tekrarlanmış, polisle diğer devlet memurları arasında bir fark öngörülmemiştir. Polis memurları verilen emri biçim ve içerik açısından inceleme yetkisine sahiptirler. Emrin yetkili bir amir tarafından verilip verilmediğini, yerine getirilmesi görev icabı zorunlu bir emir olup olmadığını, emrin bağlayıcı, meşru bir emir olup olmadığını inceledikten sonra yasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa durumu amirine bildirecek, amir emri yazılı olarak tekrarlarsa emri yerine getirecek, emrin yerine getirilmesinden memur değil amir sorumlu olacaktır. Suç teşkil eden emirler ise yerine getirilmeyecek, yerine getiren memur amirle birlikte sorumlu olacaktır.<sup>158</sup> Ancak P.V.S.K.’nın 2/B bendine göre: Aşağıda yazılı hallerde

- 1) Can, ırz veya mal emniyetini korumak için,
- 2) Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tespit etmek için,
- 3) Devlet kuvvetleri aleyhine yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak veya bunların taarruz veya mukavemetlerini defetmek için,
- 4) Hükümete karşı şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin defedilmesi için,

<sup>157</sup> Polis hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Füsün Sokullu- AKINCI, **Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis -Alt Kültürü ve İnsan Hakları**, Gümüş Basımevi, İstanbul, 1990.

<sup>158</sup> Centel, **a.g.e.**, s.250, Demirbaş, **a.g.e.**, s.255.

- 5) Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskun veya gayri meskun yerlere vaki olacak münferit veya toplu tecavüzü defetmek için,
- 6) Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için,
- 7) İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için,
- 8) C.M.U.K. ile diğer kanunlarda zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için,
- 9) Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için,
- 10) Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için,
- 11) Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için,
- 12) Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için,
- 13) Yukarıdaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emri yapmaya mecbur tutulduğu haller için,

Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.” Sayılan on üç istisnai halde memurun emrin içerik olarak yasaya uygunluğunu araştırma yükümlülüğü yoktur. Polis memuru bu durumlarda emrin yazılı olarak verilmesini isteyemez. Sözlü olarak verilen emirler geçerlidir. Sözlü olarak verilen emrin yerine getirilmesinden emir veren sorumludur. Emri yerine getiren memur sorumlu değildir. Sözlü olarak verilen emirlerde emrin konusu suç teşkil ediyorsa, suç teşkil eden emir yerine getirilmeyecektir. Yerine getiren kimse sorumlu olacaktır. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceğine ilişkin 2. fıkra da yer alan ifadenin 3. fıkra da yer almaması istisnai on üç halde suç teşkil eden emirlerin yerine getirileceği şeklinde yorumlanmamalıdır.<sup>159</sup> Buradaki tek fark istisnai hallerde emrin sözlü olarak verilmesi ve memur tarafından emrin yazılı olarak yerine getirilmesinin istenememesidir.

<sup>159</sup> Öztürk- Erdem- Özbek, **a.g.e.**, s.209-210.

## IV. BÖLÜM

### ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SAVAŞ SUÇLARI VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR AÇISINDAN EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

#### I- GENEL OLARAK

İnsanlık tarihi pek çok savaşa sahne olmuş, bu savaşlarda milyonlarca insan öldürülmüş, büyük acılar yaşanmıştır. Teknolojinin de gelişmesi ve savaşlarda kullanılmasıyla ağır tahribatlar ortaya çıkmıştır. 20. yüzyılda ise iki dünya savaşı gerçekleşmiş, bu savaşlarda pek çok insan ölmüş, insan hakları ihlalleri yapılmıştır. Uluslararası hukukun gelişmesi, insan haklarına verilen önemin artması, savaşlarda yaşanan acıların önlenmesi amacıyla uluslararası anlaşmalar imzalanmış, bireylerin uluslararası hukukun süjesi olarak kabul edilmesiyle birlikte savaş suçları ve insanlığa karşı suç işleyen kimselerinde cezalandırılması düşüncesi ortaya çıkmış, bunu sağlamak için geçici (ad hoc) ya da daimi uluslararası ceza mahkemeleri kurulması yoluna gidilmiştir. Uluslararası mahkemelerde yapılan savaş ve insanlığa karşı suçların sanıkları olan kişiler de amirin emri ile hareket ettiklerini, bu nedenle sorumlu tutulmamaları gerektiğini savunmuşlardır. Bu yüzden uluslararası ceza hukukunda amirin emrinin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olup olamayacağı tartışılmış, amirin emrinin yerine getirilmesi konusunda Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri Statülerinde, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri Statülerinde son olarak da Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde hükümler yer almıştır.

Savaş ve insanlığa karşı suçların failleri uluslararası hukukun süjeleri olan devletler ve onun adına hareket eden organlar olmaktadır. Bu suçların uluslararası bir mahkeme tarafından yargılanması fikri çok eskilere dayanmaktadır. Tarihte bilinen ilk

uluslararası mahkeme 1474'te Almanya da kurulmuş, ad hoc mahkeme olan Roma Germen İmparatorluğu mahkemesidir. Mahkeme Alman İmparatoru Peter Von Hagenbach'ı askerlerine emir vererek masum sivil halkın ırzına geçirtip öldürtmek ve yağma ettirmekten yargılayarak mahkum etmiştir.<sup>160</sup> Mahkeme üstün emri savunmasını kabul edilebilir bulmamıştır.

I.Dünya Savaşı sonrasında Versailles Antlaşması ile Almanya ve o dönemin Alman İmparatoru II. Wilhelm'in işlediği savaş suçlarını yargılamak üzere itilaf devletlerinden Amerikan, İngiliz, Fransız, İtalyan ve Japon yargıçtan oluşturulacak geçici bir mahkeme kurulması kabul edilmiştir. Ancak Hollanda'nın II. Wilhelm'i iade etmemesi nedeniyle anlaşmanın 227. maddesi yürürlüğe konamamıştır. Buna karşılık tutsak Alman subayları İngiliz ve Fransız mahkemelerinde yargılanmış ve bu ülkelerin hukuklarına göre cezalandırılmış, Almanya ise tutsaklar dışındaki savaş suçunun faillerini kendi kurduğu mahkemelerde yargılamıştır.<sup>161</sup> Bu dönemde uluslararası ceza mahkemesi kurulma fikri ortaya çıkmasına rağmen bireylerin uluslararası ceza hukukunun süjesi olduğuna dair bir kural bulunmadığı için savaş suçları milli mahkemelerde yargılanmışlardır.<sup>162</sup>

II. Dünya savaşı sırasında da savaş ve insanlığa karşı suçların yoğun olarak işlenmesi bu suçları işleyenlerin uluslararası bir ceza mahkemesinde yargılanması fikrini pekiştirmiştir. Bu amaçla savaş galibi devletlerden A.B.D., Birleşik Krallık, Fransa ve Sovyetler Birliği aralarında imzaladıkları 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması ile Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemelerini oluşturmuşlardır.<sup>163</sup>

<sup>160</sup> Durmuş TEZCAN, "Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı", **Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2000, s.272-273.

<sup>161</sup> Tezcan, **Hukuk Kurultayı 2000**, s.273.

<sup>162</sup> Arzu ALİBABA, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu" **A.Ü.H.F.D.** c. 49, sayı 1-4, Ankara, 2000, s.184.

<sup>163</sup> Mahkemelerin kuruluş aşamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan LÜTEM, **Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk**, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1951, s.43 vd.

Nürnberg mahkemesi bazı yönlerden eleştirilere uğramıştır. Mahkemenin işlenen eylemlerden sonra kurulmasının “doğal yargıç” ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Uluslararası sözleşme ile kurulan bu mahkemenin Almanya tarafından imzalanmamış bir sözleşmeye dayanması nedeniyle egemenlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilerek eleştirilmiş, galip devletler dışındaki tarafsız bir ülkenin yargıcının mahkemede yer almamasının tarafsız ve adil bir mahkeme olmadığı anlamına geleceği söylenmiştir. Galip devletlerin atom bombası kullanmalarının ise yargılanma konusu yapılmaması da ayrı bir eleştiri olarak ileri sürülmektedir.<sup>164</sup> Kimilerine göre ise, Nürnberg Mahkemesi II. Dünya savaşında savaş suçu ve insanlığa karşı suçları işleyenlerin yargılaması yolunda atılan en önemli adımdır.<sup>165</sup>

Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi ise Nürnberg Mahkemesi örnek alınarak kurulmuş ve üst düzey Japon savaş suçlularını yargılamıştır.

Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemelerinden sonra 12 Eylül 1948 tarihinde B.M. Genel Kurulu “Soykırım Suçunun Önlenmesine Ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme”yi kabul etmiştir. İnsanlığa karşı cürümler II. Dünya Savaşından önce ve savaş esnasında totaliter rejimler tarafından insani duyguları hiçe sayan, gerek bu rejimlerin hakim olduğu kendi vatandaşlarına, gerekse diğer devlet vatandaşlarına karşı işlenen suçlar olup, Nürnberg Mahkemesi tarafından ilk defa suç olarak kabul edilip yargılama konusu yapılmıştır.<sup>166</sup> İnsanlığa karşı suçlar savaş ya da barış zamanında sivil halka yönelik olarak katletme, yok etme, köleleştirme, esir alma, sürgün, hapsetme, ırza geçme, siyasi, ırki, dini sebeplerle koğuşturmaya tabi tutmak olarak tanımlanmaktadır.<sup>167</sup> İnsanlığa karşı suçlar, soykırım suçları ile iç içe girmiş suçlar olmasına rağmen, soykırım suçu belli bir gurubu yok etmek amacıyla işlendiğinden insanlığa karşı suçlardan bu yönüyle ayrılmaktadır. II. Dünya Savaşında

<sup>164</sup> Adem SÖZÜER/R. Barış ERMAN, “Uluslararası Ceza Mahkemesi”, **Adalet Yüksekokulu 20.yıl Armağanı**, İstanbul, 2001, s.244-245.

<sup>165</sup> Tezcan, **Hukuk Kurultayı 2000**, s.274.

<sup>166</sup> Faruk EREM, **İnsanlığı Karşı Cürümler (Génocide)** A.Ü.H.F. Yayınları, Güney Matbaacılık, Ankara, 1948, s.6-8.

<sup>167</sup> Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü md.5.

Naziler tarafından Yahudilere karşı uygulanması nedeniyle Nürnberg Mahkemesi Statüsünde soykırım suçu ayrı bir suç olarak değil, insanlığa karşı suç kategorisi içinde yer almıştır.<sup>168</sup>

12 Ağustos 1949 tarihinde de 4 ayrı sözleşmeden oluşan Cenevre Sözleşmeleri kabul edilmiştir. Sözleşmelerden ilk ikisi savaş halinde kara ve deniz askeri birliklerindeki yaralıların durumları ile ilgilidir. 3. ve 4. sözleşmeler savaş esirleri ve savaş halinde sivillerin korunmasına ilişkin hükümleri içermektedir. Cenevre Sözleşmelerinin ihlali Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisine giren bir suç olarak kabul edilmiş ve mahkemenin statüsüne dahil edilmiştir.<sup>169</sup>

B.M. Güvenlik Konseyi tarafından 25.05.1993 tarihinde 827 sayılı kararı ile 1991 yılından itibaren eski Yugoslavya toprakları üzerinde işlenen savaş ve insanlık suçlarının cezalandırılması için uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasına karar verilmiştir. Mahkeme Statüsünün 7. md. 4. bendi Nürnberg Statüsünün 8.md. olduğu gibi amirin emrini sanığın işlediği fiilin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağına, ancak hafifletici bir sebep olabileceğine dair hüküm içermektedir.<sup>170</sup>

B.M., “Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşmeyi” kabul ettikten sonra, aynı kararla soykırım suçunun faillerinin uluslararası bir mahkeme tarafından yargılanıp yargılanamayacağının araştırılmasını Uluslararası Hukuk Komisyonundan istemiştir.<sup>171</sup> Komisyon çalışmaları sonucunda olumlu kanaate varınca 1951 yılında bir komite kurularak uluslararası ceza mahkemesi kurulması yönündeki çalışmalara başlanılmıştır. Ancak saldırı fiilinin tanımında anlaşılamayınca 1953 yılında çalışmalara ara verilmiştir. Aradan 50 yıla yakın bir süre geçtikten sonra,

<sup>168</sup> Faruk TURHAN, “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin B.M. Milletlerarası Ceza Mahkemesi” **Prof. Seyfullah EDİZ’e Armağan**, İzmir 2000, s.349.

<sup>169</sup> Alibaba, **a.g.e.**, s.186.

<sup>170</sup> Turhan, **Prof. Seyfullah Ediz’e Armağan**, s.345.

<sup>171</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluş aşamaları, kuruluş amacı ve gerekçeleri hakkında bkz. Rifat Murat ÖNOK, “Uluslararası Ceza Divanı”, **İ.B.D.**, yıl 66, Ocak, 2001, s.68-71; Alibaba, **a.g.e.**, s.187-188.

1998 yılında Roma Sözleşmesi ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması imzaya açılmıştır. Roma Statüsünün 33. maddesinde emrin yerine getirilmesinin kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmayacağı ve bunun istisnaları düzenlenmiştir. Roma Sözleşmesine göre Statü, 60 devletin onaylamasından sonra yürürlüğe girecektir.<sup>172</sup> Mahkeme sayesinde savaş ve insanlığa karşı suç işleyen üst düzeydeki devlet görevlilerinin yargılanması sağlanacak ve uluslararası kamu oyunda yer alan insan hakları ihlallerinin önüne geçilmesinde önemli bir adım atılmış olacaktır.

Aşağıda emrin yerine getirilmesinde sırasıyla Nürnberg ve Tokyo, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri ile Uluslararası Ceza Mahkemesi Statülerinde emrin yerine getirilmesi hakkındaki düzenlemeler açıklanmaya çalışılacaktır.

## II-NÜRNBERG VE TOKYO ULUSLARARASI ASKERİ CEZA MAHKEMELERİ STATÜLERİNDE EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

Yukarıda, savaş ve insanlık aleyhine suç işleyen kimselerin uluslararası mahkemelerde amirin emri ile hareket ettiklerini, bu nedenle sorumlu tutulmamaları gerektiğini savunduklarını belirtmiştik. II. Dünya Savaşı'ndan sonra da Nürnberg Mahkemesinde sanık olarak yargılananların çoğu, amirinin yani Hitler'in emri ile hareket ettiklerini, bu nedenle kendilerine ceza verilmemesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Nürnberg Statüsünün 8.maddesi “sanığın, hükümetin veya hiyerarşik amirin emirlerine uygun olarak hareket etmiş olması onu sorumluluktan kurtarmaz, fakat mahkeme, adalet icap ettiriyorsa, bu hali cezayı azaltıcı bir sebep olarak nazara alabilir”<sup>173</sup> demektedir. Tokyo Askeri Mahkemesinin 6. maddesinde de aynı prensip tekrarlanmıştır. Yani yetkili merciin emri bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemiş, cezayı hafifletici bir sebep olarak öngörülmüştür. Nürnberg Mahkemesi Alman Askeri Ceza Kanununun emredilen fiilin suç vasfını bilerek, hareket eden

<sup>172</sup> Onay sayısı 60 ı geçtiğinden mahkeme 2002 yılı temmuz ayından itibaren faaliyete geçmiştir.

<sup>173</sup> Lütem, **a.g.e.**, s.136.

askerin cezadan kurtulamayacağını beyan ettiğini<sup>174</sup> şuurlu bir şekilde emri yerine getirmenin sanıkları masum kılamayacağını<sup>175</sup> ileri sürerek sanıkların savunmalarını reddetmiştir.

Nürnberg yargılamaları esnasında savcılık teşkilatı Nasyonal Sosyalist Rejimin saldırı savaşı çıkarmak için bir komplo kurduğunu, bütün sanıkların bu komploya, şef, teşkilatçı, tahrikatçı veya suç ortağı olarak katıldıklarını iddia etmiş,<sup>176</sup> sanık müdafileri ise Führerprinzip'i öne sürerek komplo iddiasını reddetmişlerdir. Buna göre "Nazi partisi Führerprinzip sayesinde katı bir disiplin ile idare ediliyordu. Parti teşkilatı piramide benzetilirse en üstte Hitler yer alıyordu. Parti mensupları Hitler'e mutlak itaat edeceklerine dair partiye giriş yemini yapıyorlardı."<sup>177</sup> Führerprinzip sayesinde bütün iktidar tek bir adamın elinde olduğu ve plan tek bir kimse tarafından yapıldığı için komplodan bahsedilemezdi. Mahkeme ise bu savunmaya karşı "Kararlaştırılan bir plan kavramının diktatörlük rejimi ile bağdaşamayacağını iddia etmek kanaatimizce bir hatadır. Bu plan belki tek bir kişi tarafından düşünülmüştür. Fakat başkaları yerine getirilmesine katılarak sorumluluktan kurtulamaz. Hitler yalnız başına bir saldırı savaşında bulunamazdı. Devlet adamlarının, askeri şeflerin, diplomatların, maliyecilerin yardımı kendisine lazımdı. Bu şahıslar ona yardımını şuurlu bir şekilde arz edince onun hazırladığı komploya taraf olmuşlardır. Hitler'in elinde alet olmuşlarsa da bunu bilinçli bir şekilde yapmaları onları masum kılamaz. Eylemlerini bir diktatör tespit etmiş ve emretmiş olmasına rağmen bu eylemlerden dolayı sorumludurlar. İç hukukta olduğu gibi devletlerarası hukukta da ast ile üst ilişkileri cezadan muaf tutulmayı gerektirmez."<sup>178</sup> gerekçesi ile savunmayı kabul etmemiştir. Görülüyor ki mahkeme emrin yerine getirilmesinde astın şuurlu bir şekilde hareket etmesini ve iç hukukta da emir komuta ilişkisinin bir cezasızlık nedeni olmamasını gözeterek sanıkları mahkum etmiştir.

<sup>174</sup> Erem, **İnsanlığa Karşı cürümler**, s.18.

<sup>175</sup> Lütem, **a.g.e.**, s.144.

<sup>176</sup> Lütem, **a.g.e.**, s.140-142.

<sup>177</sup> Yılmaz GÜNAL, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s.174, dipnot 12'den naklen.

<sup>178</sup> Lütem, **a.g.e.**, s.144.



Nürnberg Mahkemesindeki duruşmalarda sanıklardan birinin avukatı, müvekkilinin Hitler'in sözle vermiş olduğu emirleri yazılı hale getirmekle görevli olduğunu, sorumluluğun emri veren amire ait olması gerektiğini, astın emri değiştirebilme güç ve yetkisi bulunmadığını, astın kusurlu olmamasının nedeninin, amirin emrini yerine getirmesinde değil, emrin içeriğinde değişiklik yapamaması olduğunu, emri kaleme alanın bir sekreter ya da general olması arasında bir fark var ise de, hukuki açıdan astın amirine emrin içeriği konusundaki tereddütlerini bildirme yükümlülüğünün bulunmadığını, bunun ahlaki bir yükümlülük olduğunu savunmuş; mahkeme savunmaya itibar etmeyerek, hiçbir askerin cinayete zorlanmadığını, sanığın yapmış olduklarını meşru gösterebilmek için kör bir askeri itaatin arkasına sığınamayacağını<sup>179</sup> gerekçe göstermiştir.

Nürnberg Mahkemesi, bireylerin uluslararası sorumluluklarını kabul etmiş ve kararlarında hükümet tasarruflarına dayanarak bir suç işleyen kimselerin tasarrufun arkasına sığınamayacağı çünkü astın amirinden emir aldığını iddia edeceği, amirin bir hükümet tasarrufunda bulunduğunu söyleyerek sorumluluktan kurtulmak isteyeceği, bu durumda sorumlu olarak devletin kalacağı, onun da cezalandırılması yoluna gidilemeyeceğinden savaş suçlularının cezasız kalacağı, basit bir askerin verilen emrin geçerliliğini ve hukuka uygunluğunu araştırmasının beklenemeyeceği ancak mahkemede yargılananların savaş ve insanlığa karşı suçlarda ikincil rol oynamadıkları, bizzat emir verme durumunda olan liderler oldukları, sorumluluğun ise varsayılan bir varlık olarak devlete yıkılamayacağı belirtilmiştir.<sup>180</sup>

Nürnberg Mahkemesi, emrin yerine getirilmesi nedeniyle cezadan indirim yaparken suçun işlendiği zamanı ve sanığın tabi olduğu askeri disiplinin derecesini, emir veren amir ile ast arasındaki rütbe farkını, suçun işlendiği zamanki durumu ölçü almıştır.<sup>181</sup>

<sup>179</sup> Yılmaz GÜNAL, "Harp Suçluları açısından yetkili merciin emrini ifada sorumluluk", **A.Ü.S.B.F.D.**, c.21, Ankara, Mart, 1966, s.188, dipnot 20.

<sup>180</sup> Erem, **İnsanlığa Karşı Suçlar**, s.18; Günal, **Yetkili Merciiin Emrini İfa.**, s.175., dipnot 13.

<sup>181</sup> Lütem, **a.g.e.**, s.137.

Nürnberg Mahkemesi Statüsünde emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemişken, Türk hukukunda T.C.K.'nın 49. maddesi, Anayasanın 137.maddesi ve 657 sy D.M.K.'nın 11.maddesi uyarınca suç teşkil etmeyen emirler bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Anayasaya göre suç teşkil eden emirler ise bir hukuka uygunluk nedeni değildir. İstisnaen askeri konularda belli şartların varlığı halinde hukuka uygunluk nedenidir. Statüden farklı olarak emrin yerine getirilmesi astın sorumluluğu için bir indirim sebebi olarak öngörülmemiştir. Yine As.C.K.'nın 41.maddesinde hizmete ilişkin olarak verilen emrin suç teşkil etse dahi yerine getirileceği,astın bu yüzden sorumlu olmayıp sadece amirin sorumlu olacağı, ancak emrin suç işletmek amacıyla verildiğinin bilinmesi, emrin sınırlarının aşılması durumunda astın amir ile birlikte sorumlu olacağı kabul edilmişken; Nürnberg yargılamalarında mutlak itaat prensibi reddedilmiş, sanıkların hür iradeleri ile emri yerine getirmelerinde sorumlu oldukları kabul edilmiştir.

### III-ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜLERİNDE EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

Nürnberg Statüsünün 8. maddesinde olduğu gibi eski Yugoslavya topraklarında insanlık aleyhinde işlenen suçların yargılanmasına ilişkin B.M. Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi<sup>182</sup> Statüsünün 7.maddesinin 4.bendi “Hükümetin veya yetkili makamın emri üzerine uluslararası insani hukukun ihlali sanığın cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, emrin yerine getirilmesi hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda cezayı hafifletici bir neden olarak kabul edilebilir.”<sup>183</sup> demektedir. Yugoslavya Statüsünde de emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemiş, bir indirim sebebi olabileceği öngörülmüştür.

<sup>182</sup> Her iki mahkemenin benzer yönleri ve farklılıkları hakkında geniş bilgi için bkz. Durmuş TEZCAN, “Uluslararası Suçluları Kovuşturmada Katedilen Yol:Uluslararası Nürnberg Askeri Mahkemesinden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza mahkemesine”,**Kenan TUNÇOMAĞ’a Armağan**, İstanbul, 1997., s. 484 vd; Turhan, **Prof. Seyfullah Ediz’e Armağan**, s.350-351.

<sup>183</sup> Faruk TURHAN, **İnsanlık ve Savaş Suçlarına Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Doçentlik Tezi, Isparta 2001., s. 44; Turhan,**Prof. Seyfullah Ediz’e Armağan**, s.359.

Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi Statüsünün 7. maddesi ikinci fıkrasında: “herhangi bir sanığın resmi görevi, ister devlet başkanı veya hükümet başkanı olsun, isterse hükümette sorumlu bir makam sahibi olsun, onun ceza sorumluluğunu azaltamaz ve cezayı ortadan kaldıramaz.” hükmü getirilerek Nürnberg yargılamaları sırasında ileri sürülen gerçek kişilerin devletler hukukunun süjesi olmadıkları, dolayısıyla sorumlu olmadıkları, cezalandırılmayacakları şeklindeki savunmalar ile tereddütler ve tartışmaların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Böylelikle bireylerin uluslararası ceza hukukunda sorumluluklarının kabulü bir genellik kazanmıştır.<sup>184</sup> Bireylerin devlet adına devletin bir organı olarak tasarrufta bulunduğu, o nedenle sorumlu olmadığı savunmasının madde metni karşısında geçerliliği bulunmamaktadır. Statünün 1.maddesine göre mahkemenin yargı yetkisi sadece gerçek kişiler hakkındadır. Tüzel kişiler mahkemenin yargı yetkisi dışındadır.<sup>185</sup>

Statünün 7.maddesinin 3.fıkrası ise “emir sorumluluğu” ilkesini düzenleyerek emredenin sorumluluğunun şartlarını belirlemiştir. Buna göre üstlük astlık ilişkisi varsa, üst astın suç işlediğini biliyor veya onun suç işlediğini bilmesi gerekiyorsa, ayrıca üst astın suç işlemesini önlemek veya astın cezalandırılması için gerekli tedbirleri almamışsa emir verenin cezai sorumluluğu vardır. Mahkemenin 2. Ceza Dairesinin “Célebici” davasında verdiği karara göre: “Emir verenin sorumluluğu uluslararası hukukun bir teamül kuralıdır. Sadece askeri amirler değil sivil amirlerde bu teamüle göre sorumludurlar.Sorumluluğun kapsamında hukuki durum değil fiili kontrol önemlidir. Amirin kontrol yükümlülüğünde fiilen mümkün olabilecek tedbirler istenebilir. Sübjektif olarak da amir astın fiilleri hakkında bilgi sahibi olmasına ya da bilebilecek durumda olmasına rağmen kasten bu fiilleri görmezlikten gelmiş olması lazımdır.<sup>186</sup> Amirin hukuki duruma göre değil de fiilen kontrol edebilme durumuna göre sorumluluğu belirlenecek, astının fiillerini bilen yada bilebilecek durumda olan amir buna rağmen bilerek ve isteyerek gerekli tedbirleri almamışsa sorumlu sayılacaktır.

<sup>184</sup> Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.43.

<sup>185</sup> Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.43.

<sup>186</sup> Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.43-44.

Uluslararası Ruanda Ceza Mahkemesi Statüsü 6. maddesi 4. fıkrasında emrin yerine getirilmesi suretiyle insanlık ve savaş suçu işlenmesinin cezai sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı, ancak hafifletici bir neden olarak dikkate alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Uluslararası Ruanda Ceza Mahkemesi “Akayesu” kararında emir sorumluluğunun sivil amirler hakkında uygulanmasının tartışmalı olduğunu, somut olaylara göre sivil amirlerin yetkilerini suçun işlenmesini bilebilecek, suçun işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri alabilecek, suçluların cezalandırılmasını sağlayabilecek yeterlilikte olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme sanığın milis kuvvetlere sivil amir olarak emretme yetkisine sahip olmadığı gerekçisiyle statünün 6. maddesinin 3. fıkrasına göre sorumlu olmadığına karar vermiştir. Ancak mahkeme amirin suçun işlenmesini önlemeye teşebbüs etmemesi, hatta faillerle işbirliği yapması halinde suçları engelleme imkanının bulunup bulunmadığının önemli olmadığına, bu durumda amirin sorumlu kabul edeceğine karar vermiştir.<sup>187</sup>

Nürnberg Mahkemesi Statüsü ile Türk hukuku arasındaki farklar burada da aynen geçerlidir.<sup>188</sup> Ancak gerek Anayasa gerek 657 sy D.M.K. gerekse As.C.K. ile P.V.S.K. kısacası Türk hukukunda amir, vermiş olduğu hukuka aykırı ya da suç teşkil eden emirlerinden her zaman sorumludur. Sadece emri yerine getirenin askeri şahıs, polis memuru ya da diğer kamu görevlisi olması açısından farklı düzenlemeler vardır. Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde ise “emir sorumluluğu” adı altında bir prensip getirilerek emreden sorumlu olacağı haller belirlenmiştir. Kanaatimizce buradaki emreden sorumlu olduğu objektif bir sorumluluk değil taksire dayanan bir sorumluluktur. Emreden astın suç işlenmesini önlemek ya da astın cezalandırılması için gerekli tedbirleri almadığından dolayı cezalandırmaktadır. Ayrıca mahkemeye emreden ne gibi tedbirler alması gerektiği konusunda bir takdir hakkı tanınmıştır.

<sup>187</sup> Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.97.

<sup>188</sup> Bkz.,s. 82’ deki açıklamalar.

#### IV- ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜNDE EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 33. maddesi 1. fıkra 1. cümlesinde tıpkı Uluslararası Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi, Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi, Uluslararası Ruanda Ceza Mahkemesi Statülerinde olduğu gibi “mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun, bir hükümetin ya da askeri veya sivil bir amirin emri üzerine işlenmiş olması kişiyi ceza sorumluluğundan kurtarmaz” diyerek aynı prensibi tekrarlamıştır. Ancak maddenin 1.fıkra 2. cümlesinde cezai sorumluluğu kaldıran üç durum istisna olarak kabul edilmiştir. Bunlar:<sup>189</sup>

- “a.) Failin ilgili hükümetin veya amirin emirlerini yerine getirmeye kanunen yükümlü olması,
- b.) Failin emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi,
- c.) Emrin açıkça hukuka aykırı olmamasıdır.”

Yukarıda sayılan hallerde emrin yerine getirilmesinden dolayı cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle emrin yerine getirilmesi yoluyla Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü kapsamına giren soykırım savaş ve insanlık aleyhine bir suç işleyen ast üç koşulda sorumluluktan kurtulacaktır.

Emrin yerine getirilmesinde yasal olarak yükümlülük altında olmak emrin bağlayıcılığı ile ilgilidir. Emir biçim ya da içerik açısından yasal koşullara uygunsa bağlayıcı ve meşrudur. Maddedeki “emirlerin yerine getirilmesinde kanunen yükümlü olmaktan” kasıt emrin açıkça hukuka aykırılığının ayrı bir istisna olarak düzenlenmesi nedeniyle biçim açısından bağlayıcı olmasıdır.<sup>190</sup>

<sup>189</sup> Madde metni için bkz. Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.89.

<sup>190</sup> Sözüer- Erman, **a.g.e.**, s.266.

Emrin hukuka aykırılığını bilmemek fail açısından bir mazeret sebebi teşkil eder. Emrin açıkça hukuka aykırı olması durumunda fail bu yükümlülüğünden kurtulmamıştır. Açıkça hukuka aykırı emirde fail emrin hukuka aykırılığını bilmediğini ileri süremez.

Emrin açıkça hukuka aykırı olması halinde aykırılığı bilmemenin bir mazeret sebebi olmaması genel olarak kabul edilmemektedir. Buna göre açıkça hukuka aykırı emirleri yerine getiren emrin hukuka aykırılığını bilmediğini ileri süremez. Çünkü emri yerine getirenin emrin hukuka açıkça aykırı olup olmadığını araştırma yükümlülüğü vardır. Gerekli dikkat ve özeni göstererek emrin hukuka aykırılığını araştırmayan fail açıkça hukuka aykırı emirleri yerine getirmesi nedeniyle sorumludur.<sup>191</sup>

Statünün 33.maddesinin 2. fıkrası “Soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçları işlemek üzere verilen emirler açıkça hukuka aykırıdır.” diyerek emrin yerine getirilmesinde soykırım ve insanlığa karşı suçların işlenmesi için verilen emirlerin açıkça hukuka aykırılığının bilinmediğinin ileri sürülemeyeceğini, sadece savaş suçlarında açıkça hukuka aykırılığı bilip bilmemenin cezai sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını, dolayısıyla savaş suçları dışında soykırım ve insanlık aleyhine işlenen suçlarda verilen emirlerin cezai sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını hükme bağlamıştır.<sup>192</sup>

Emrin açıkça hukuka aykırı olması temel insan haklarına ve savaş hukukunun bilinen genel ilkelerine göre belirlenir.<sup>193</sup> Mahkeme açıkça hukuka aykırılığı objektif kriterlere göre belirleyecektir.<sup>194</sup> Mahkeme astın emrin hukuka açıkça aykırılığını

<sup>191</sup> Sözüer- Erman, **a.g.e.**, s.266.

<sup>192</sup> Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.89.

<sup>193</sup> Sahir ERMAN, L'Obeissance Militaire au Regard des Droits Penaux Internes et du Droit de la Guerre ( Askeri Ceza Hukuku ve Savaş Hukuku , 5. Milletlerarası Kongresinde –Dublin 25-30 Mayıs 1970. Sunulan genel rapor,40) Recueils du Congres Strasbourg. 1971.,s.327- 414, zikreden Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, c.3, s.549.

<sup>194</sup> Sözüer-Erman, **a.g.e.**, s.266.

bildiğine karar verirken astın görevini, rütbesini, emri veren ile arasındaki rütbe farkını, savaşın ast üzerindeki psikolojik etkisini dikkate almalıdır.<sup>195</sup>

Savaş suçlarında gerekli oranda şiddet kullanılmalı ve kullanılan araçlar sınırsız olmamalı, karşı tarafa verilebilecek can ve mal kaybı sağlanacak askeri avantaja göre aşırı olmamalıdır.<sup>196</sup>

Statünün 28. maddesi emir sorumluluğunu düzenlemiştir. Madde ile askeri amirler ve milis kuvvetlerinin başında askeri amir olarak hareket eden amirler ile sivil amirlerin sorumluluğu arasında farklı düzenlemeler getirilmiştir. 28. maddenin 1.fikrasına göre; askeri amirler ile fiilen askeri amirler gibi hareket edenler, emir ve kontrolü altında bulunan güçlerin statü kapsamına giren bir suç işlemekte veya işlemek üzere olduklarını biliyor ya da o andaki şartlara göre bilmesi gerekiyorsa, askeri amir ve fiilen askeri amirler gibi hareket edenler suçun işlenmesini önlemek veya olayın soruşturulması amacıyla yetkili makamlara iletmek için gerekli ve makul önlemleri almamışlarsa, emri altındakilerin işledikleri suçlardan sorumludurlar. Buradaki sorumluluk objektif bir sorumluluk değil ihmal suretiyle icra sorumluluğudur.<sup>197</sup>

28. maddenin 2. fıkrasında ise sivil amirlerin de tıpkı askeri amirlerde olduğu gibi suçun işlenmesini önlemek veya olayın soruşturulmasını sağlamak amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasının ihmal edilmiş olması gerekmektedir. Ancak sivil amirlerin sorumluluğu askeri amirlere göre daha dar tutulmuştur. O nedenle sivil amirin sorumlu olması için suçun işlenmesini önlemek veya olayın soruşturulmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almış olmasının ihmal edilmesi yanında ek olarak;

<sup>195</sup> Sahir ERMAN, “Askeri Ceza Hukuku ve Savaş Hukuku , 5. Milletlerarası Kongresinde Sunulan genel rapor”, s.327- 414, zikreden Dönmezer-Erman, **a.g.e.**,c. 3, s.549.

<sup>196</sup> Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.95.

<sup>197</sup> Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.95-96; Sözüer-Erman, **a.g.e.**, s.262.

- a.) üstün, astların statü kapsamına giren suçları işlemekte olduğunu veya astların böyle suçları işlemesi düşüncesinde olduklarını bilmesi veya böyle suçların işlendiğini bilerek ve isteyerek bunları görmezlikten gelmiş olması,
- b.) üstün, sorumluluk ve kontrolü dahilinde suçlar işleniyorsa, suçun işlenmesini önlemek, durdurmak ve suçlular hakkında cezai takibat yapılması için gerekli tedbirleri almamış olması gerekir.<sup>198</sup>

Askeri amirlerde emri altındakilerin suç işlediğini veya suç işleme düşüncesinde olduğunu bilmek yeterli iken, sivil amirlerde buna ilave olarak suçun işlendiğinin veya işlenmesinin düşünüldüğünün bilinçli olarak görmezlikten gelinmesi gerekmektedir. Ayrıca sivil amirlerin sorumluluğu için eylemin sivil amirin sorumluluk ve kontrolünde olan bir faaliyet alanıyla ilgili olması gerekmektedir.<sup>199</sup>

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde emrin yerine getirilmesi ile Türk hukuk sistemindeki emrin yerine getirilmesi karşılaştırıldığında arada farklar ve benzerlikler bulunduğu görülmektedir. Türk hukukunda kanuna aykırı emir kavramı vardır. Emrin kanuna ve mevzuat hükümlerine uygun olmadığını gören memur bu durumu amirine bildirir, emir yazılı olarak tekrarlanırsa yerine getirilir. Yerine getiren memur sorumlu olmaz. Sorumluluk amire aittir. Memurun emrin hukuka aykırı olup olmadığını araştırması gerekir. Roma Statüsünde ise savaş suçlarında emrin savaş suçu olduğunu bilmemek, emrin açıkça hukuka aykırı olmaması durumunda emri yerine getirmek cezai sorumluluğu kaldıran bir sebeptir.

As.C.K.'nın 41. maddenin 2. fıkrasına göre: “Hizmete ilişkin hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse, suçun işlenmesinden emir veren sorumludur.” Yani, emri yerine getirenin cezai sorumluluğu yoktur. Emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak aynı maddenin 3. fıkrası B bendine göre, sınırlama getirilerek emrin adli veya askeri bir suç işlemek amacının içeren bir fiile ilişkin

<sup>198</sup> Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.96.; Sözüer-Erman, **a.g.e.**, s.262- 263.

<sup>199</sup> Turhan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, s.97.



olduğunun ast tarafından bilinmesi halinde hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı hükmü kabul edilmiştir. Bu hüküm Roma Statüsü 33/1 maddesindeki fail emrin hukuka aykırılığını bilmiyorsa ve emrin hukuka aykırılığı açıkça belli değilse hükmü ile aynıdır. Statüye göre fail emrin hukuka aykırılığını biliyorsa emri yerine getirdiği için sorumludur. As.C.K.'da ise ast emrin suç işletmek amacıyla verildiğini biliyorsa sorumludur. Bu açıdan statüyle As.C.K.'da fark yoktur. Statüye göre sadece savaş suçlarında emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni sayılmıştır. Diğer suçlarda emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni sayılmamıştır. As.C.K.'da böyle bir ayırım yapılmamış ve emrin hizmete ilişkin olup olmaması sorumluluk açısından esas alınmıştır.

## SONUÇ

Türk Ceza Hukukunda, emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiş ve T.C.K.'nın 49. maddesinde düzenlenmiştir. Yetkili merciin emrini yerine getirmede öncelikle, bir kamu hukuku, ast üst ilişkisinin olması gerekir. Özel hukuktan kaynaklanan emirlerde emrin yerine getirilmesi, hukuka uygunluk sebebi değildir.

Türk Ceza Kanunun 49. maddesinde yetkili merci tarafından verilmiş, memur tarafından yerine getirilmesi zorunlu olan ve kanunlara uygun bir emir; yetkili merciin emrini yerine getirmenin şartları olarak kabul edilmiştir. Madde metninden emrin kanunlara uygun olmasının gerektiği, ancak yorum yoluyla çıkarılabilmektedir. Maddenin son fıkrasında, kanuna aykırı olan emrin yerine getirilmesi nedeniyle sorumluluğun amire ait olduğu belirtilmişse de bu fıkra da emri yerine getirmenin diğer şartları olan yetkili merciden verilmiş ve yerine getirilmesi zorunlu olan emir kavramına atıfta bulunulduğundan ve yine anayasada istisnalar dışında suç teşkil eden emrin hiçbir şekilde yerine getirilmeyeceği belirtildiğinden, emrin biçim ve içerik olarak yasaya uygun olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

T.C.K.'nın 49. madde metni eksik olup düzeltilmesi gerekmektedir. Anayasanın 137.maddesi ile birlikte yorumlanınca doğru sonuca ulaşılabilmektedir.Buna göre; üstünden aldığı emri mevzuat hükümlerine aykırı bulan memur, emri yerine getirmeyerek aykırılığı amirine bildirecek, amiri emri yazılı olarak yinelerse emri yerine getirecektir. Bu durumda, sorumluluk sadece amire aittir.Suç teşkil eden emir ise, yerine getirilmeyecek, yerine getiren kimse sorumlu olacaktır.

Hukuk devletinde öncelikle devletin ve onun temsilcisi olan kamu görevlilerinin mevzuata uygun davranmaları gerektiğinden, memurun, emrin biçim ve içerik açısından kanuna (hukuka) uygunluğunu kontrol mecburiyeti vardır. Kanuna aykırı emir suç teşkil edebileceği gibi, suç teşkil etmeyen kanunsuz emir de olabilir. Memur, kanunsuz emir

suç teşkil etmiyorsa aykırılığı amirine bildirmeli, amir emrini yazılı olarak tekrar ederse emri yerine getirmelidir. Bu takdirde sorumluluk memura değil sadece emri veren amire aittir. Amirin sorumluluğu idari veya tazmini bir sorumluluktur. Kanunsuz emir suç teşkil ediyorsa yerine getirilmez. Suç teşkil eden emri veren amir ile birlikte emri yerine getiren memur ceza hukuku anlamında sorumludur. Kanuna aykırı, suç teşkil eden emri yerine getirmede iki istisna vardır. Bunlar; hata hali ve mevzuatla askeri şahıslar ve polis memurları için getirilen istisnalardır. Hata hali, esaslı fiili hata olarak anlaşılmalıdır. Hukuki hata, sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Çünkü T.C.K.’nın 44. maddesine göre kanunu bilmemek mazeret sayılamaz.

Askeri şahıslar açısından ise emrin şekli kontrolü ortadan kaldırılmamıştır. Ancak askerlik hizmeti gereği emrin içeriğinin kontrolü yasaklanmıştır. Emrin kontrolü konusunda sübjektif teori kabul edilmiş, emrin kanuna aykırılığının ast tarafından bilinip bilinmemesi ölçü olarak alınmıştır. Dolayısıyla emrin açıkça hukuka aykırı olması önemli değildir. Mutlak itaat prensibi gereği emrin yerine getirilmesinden ast sorumlu değildir. Ancak, ast, emrin adli veya askeri bir suç işletmek amacıyla verildiğini biliyorsa ya da verilen emrin sınırlarını aşmışsa, verilen emrin suç teşkil etmesinden sorumludur. Bu düzenleme her ne kadar askerlik mesleğinin icrası için getirilmiş ise de hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Hukuk devletinde, emri yerine getiren memuru, emrin yasaya aykırılığında tereddüde düşse, hatta açıkça hukuka aykırı olduğunu anlasa bile emre itaate mecbur etmek doğru değildir. Uluslararası anlaşmalarda ve Uluslararası Ceza Mahkemeleri Statülerinde dahi açıkça hukuka aykırı olan emirlerin yerine getirilmesi halinde astın sorumlu olduğu kabul edilmişken, açıkça hukuka aykırı, suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesinde sorumluluğun amire ait olduğunu kabul etmek, astı itaat zorunluluğunda bırakmak yanlıştır. O nedenle As.C.K.’nın 41. maddesinde değişiklik yapmak ve hiç değilse doktrindeki “ bilinen hukuka aykırılık” prensibinden ayrılarak “objektif prensibin” kabulü ile açıkça hukuka aykırı ve suç teşkil eden emirlerde astın emri yerine getirme zorunluluğunu kaldırmak, açıkça hukuka aykırı emirleri yerine getiren astı da sorumlu kabul etmek gerekir. Savaş halinde ise savaş hukukunun bilinen ilkelerine, uluslararası anlaşmalara ve insanlık

aleyhine işlenen suçlara ilişkin verilen emrin ast tarafından yerine getirilmemesi gerektiği madde metninde ayrı bir fıkra olarak eklenmelidir.

T.C.K.’nın 49. maddesinde değişiklik yapılarak A.Y.’nın 137. maddesindeki gibi memura verilen emrin kanun, tüzük, yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu takdirde yerine getirilmeyeceği, amir emrini yazılı olarak yinelerse emrin yerine getirileceği, suç teşkil eden emrin hiçbir şekilde yerine getirilmeyeceği, yerine getiren memurun amirle birlikte sorumlu olacağı hükmü getirilmelidir.Yapılacak değişiklikle emri yerine getirenin esaslı fiili hataya düşmesi halinde sorumlu olmayacağı kabul edilmelidir. En azından T.C.K. 1997 Tasarısındaki düzenleme dikkate alınmalı ve “yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği mecburi olan bir emri uygulayanın sorumlu olmadığı; konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ile emri verenin sorumlu olacağı; emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellendiği hallerde emrin yerine getirilmesinden emri verenin sorumlu olacağı” şeklinde düzenlemeye gidilmelidir. Ayrıca emri yerine getirmedeki şartların bulunmaması halinde memura verilecek cezadan indirim yapılabilmesi için hakime takdir hakkı tanınmalıdır.

## KAYNAKÇA

- AKINCI, Füsün Sokullu.** Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi  
Polis Alt- Kültürü ve İnsan Hakları, Gümüş Basımevi,  
İstanbul, 1990.
- ALACAKAPTAN, Uğur.** Suçun Unsurları, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.
- ALİBABA, Arzu.** Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu, A.Ü.H.F.D.,  
c.49, sayı: 1-4, 2000.
- ARASLI, Tefik.** Emir Ve Yapılmasından Doğacak Sorunun Kime Ait  
Olacağı, 2. Baskı, Doğu Matbaası, Ankara, 1952.
- ÇETİN, Erol.** Hakaret ve Sövme Suçları, Özel Matbaası, Ankara, 2001.
- ÇELEN, Orhan.** En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Ek ve Örnekli Askeri  
Ceza Kanunu, Aktaş Matbaası, Ankara, 1999.
- ÇELEN, Orhan.** En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli , Türk Silahlı  
Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri  
Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı  
Kuvvetleri Personel Kanunu, Ankara, 1999.
- DEMİREL, Hakkı.** Emrin İcrası Suretiyle İşlenen Suçlar, A.Ü.H.F.D.,  
c.7,sayı: 1-4,1950.

- DÖNMEZER, Sulhi.** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 9. Bası,  
**ERMAN, Sahir.** Beta Yayınları c. 2, İstanbul, 1986.
- DÖNMEZER, Sulhi.** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım,  
**ERMAN, Sahir.** 12. Bası, Beta Yayınları, c.2,3, İstanbul, 1999.
- ERDOĞDU, Ahmet.** Kanunun Bir Hükmünü veya Yetkili Bir Mercinin Emrini  
İcra Sırasında İşlenen Suçlar, Adalet Dergisi,  
Sayı:1-6, 1951.
- EREM, Faruk.** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel  
Hükümler, 12.Baskı , c.2, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.
- EREM, Faruk.** Türk Ceza Kanunu Hükümlerine Göre Hukuki  
Fiili Hata, Adalet Dergisi, Yıl 38, Sayı:1, 1947.
- EREM, Faruk.** İnsanlığa Karşı Cürümler, (Génocide) A.Ü.H.F. Yayını,  
Ankara, 1948.
- EREM, Faruk.** Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi,  
**DANIŞMAN, Ahmet.** 14. Baskı, Ankara, 1997.  
**ARTUK, Mehmet Emin.**
- ERMAN, Sahir.** Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, 7. Bası,  
Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.
- GÖZÜBÜYÜK,** Modern Ceza Hukukunda Hata Meselesi,  
**Abdullah Pulat** Adalet Dergisi, c.33, sayı:2, 1942.  
**GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref.** Yönetim Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983.

- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref.** Yönetmelik Yargı, 6. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz.** Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması: Fiilin Hukuka Aykırılığı Kavramı Ve Hukuku Uygunluk (Meşruiyet) Sebepleri Konusunda Bazı Mülâhazalar, A.Ü.S.B.F. D., c.23, Ankara, 1968.
- GÜNAL, H.Yılmaz.** Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk, A.Ü.S.B.F.D., No:4, Ankara, 1967.
- GÜNAL, H.Yılmaz.** Yetkili Merciiin Emrini İfa, A.Ü.S.B.F. Yayını, Doçentlik Tezi, Ankara, 1967.
- GÜNAL, H.Yılmaz.** Harp Suçluları Bakımından Yetkili Merciiin Emrini İfada Sorumluluk, A.Ü.S.B.F.D., c.21, Ankara, 1966.
- GÜRAN, Sait.** Genel İdari Zabıta Faaliyetlerinde Askeri Kuvvetlere Başvurulması, Amme İdaresi Dergisi, c.3, 1970.
- İÇEL, Kayıhan.** Suç Teorisi, 2.Kitap, 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- SOKULLU, A. Füsün.** ( İçel Suç Teorisi olarak atıfta bulunulmuştur.)
- ÖZGENÇ, İzzet.**
- SÖZÜER, Adem.**
- MAHMUTOĞLU, Fatih S.**
- ÜNVER, Yener.**
- KUNTER, Nurullah.** Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1949.

- LÜTEM, İlhan.** Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1951.
- MAJNO.** Ceza Kanunu Şerhi, Sevinç Matbaası, c.1, Ankara, 1977.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanununun Yorumu, c.1,Seçkin Yayınları, Sadık.** Ankara, 1994
- SAVAŞ, Vural.**
- ONAR, Sıddık Sami.** İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, c.2, İstanbul, 1966.
- ÖNDER, Ayhan.** Ceza Hukuku Dersleri,Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ÖNOK, Rifat Murat.** Uluslararası Ceza Divanı, İzmir Barosu Dergisi, sayı:1, Ocak 2001.
- ÖZTÜRK, Bahri.** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku  
**ERDEM, Mustafa R.** Seçkin Yayınevi, 4. Bası, Ankara, 1998.  
**ÖZBEK, Veli Özer.**
- POLATCAN, İsmet.** Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu Ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, 11. Basım, Bayrak Yayıncılık, İstanbul, 1990.
- POLATCAN, İsmet.** Notlu, İçtihatlı, Açıklamalı, Jandarma İdari ve Adli Kolluk Rehberi ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, İstanbul, 1999.



- SOYASLAN, Doğan.** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- SÖZÜER, Adem.** Uluslararası Ceza Mahkemesi, Adalet Yüksek Okulu
- ERMAN, R. Barış.** 20. Yıl Armağanı, İstanbul, 2001.
- ŞAKAR, Müjdat.** 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.
- TANER, M. Tahir.** Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul, 1953.
- TEZCAN, Durmuş.** Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayınları.
- TEZCAN, Durmuş.** Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol: Uluslararası Nürnberg Askeri Mahkemesinden Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesine, Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul, 1997.
- TOROSLU, Nevzat.** Ceza Hukukunda Zaruret Hali, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1968.
- TURHAN, Faruk.** İnsanlık ve Savaş Suçlarına Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi, Doçentlik Tezi, Isparta, 2001.
- TURHAN, Faruk.** Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin B.M. Milletlerarası Ceza Mahkemesi, Prof. Seyfullah EDİZ'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000.

- ÜÇOK, Coşkun.** Türk Hukuk Tarihi, 5. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 1985.
- MUMCU, Ahmet.**
- YAŞAR, Osman.** Uygulamada ve Öğretide Asliye Ceza Davaları, Adil Yayınları, 1. Baskı, 1994.